This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Bd. June, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO VIII

3179 Spain. Laws, statutes, etc Codes, Civil
C
143

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO VIII

Posesión.
De la posesión y sus especies.
Adquisición de la posesión.
Efectos de la posesión.

SEGUNDA EDICIÓN

MADRID
IMPRENTA DE RICARDO ROJAS
Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1893

Es propiedad del autor, quedando hecho el depósito que marca la ley.

Rec. Mar. 26, 1900

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (título V del lib. II del Código) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

Título III.—Posesión.—Artículos 425 al 434.

La materia objeto de examen en el presente tomo hállase condensada en diez artículos que forman el título III del libro II del proyecto.

Posesión.—El art. 425 del proyecto sienta doctrina parecida á la expuesta en el art. 430 del Código, definiendo la posesión en el sentido de ser la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños ó por otro en nuestro nombre.

Si se comparan ambas definiciones, se observa desde luego cierta analogía en la manera de considerar la posesión, si bien el art. 430 del Código desenvuelve más el concepto de ésta, diferenciando la posesión natural, ó sea la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona, de la civil, que es la misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.

El art. 426 del proyecto consigna que cada uno posee por sí mientras no se pruebe que principió á poseer á nom-

bre de otro, añadiendo el artículo siguiente que aquel que comenzó á poseer á nombre de otro se presume que continúa poseyendo en el mismo concepto, mientras no se pruebe lo contrario.

La doctrina de este último artículo se halla establecida en el 436 del Código, expresivo de que la posesión se presume disfrutándose en el mismo concepto en que se adquirió mientras no se pruebe lo contrario.

Clases de posesión.—A semejanza del Código, el proyecto de 1851 considera á los poseedores de dos clases: de buena y de mala fe.

Se considera de buena fe al poseedor que lo es en virtud de un título traslativo de propiedad, cuyos vicios ignora conforme al párrafo 1.° del art. 428. Análoga es la doctrina del artículo 433 del Código, que reputa como poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Según el art. 428 del proyecto, en su párrafo segundo, poseedor de mala fe es aquel á quien consta que le falta título para poseer ó que es vicioso ó insuficiente. El Código actual no hace tantas consideraciones y le define de modo negativo, puesto que dice que todo aquel poseedor que se halle en el caso contrario que el de buena fe, se considerará como poseedor de mala fe.

Efectos de la posesión.—Derechos del poseedor de buena fe.—Los establece taxativamente el art. 429 del proyecto al decir que hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida la posesión, conforme á lo dispuesto en el capítulo VII, tít. XXIV, libro III, que trata de las causas que interrumpen ó suspenden el curso de la prescripción.

Se entenderán percibidos los frutos naturales ó industriales desde que se alzan ó separan, y los civiles ó sean los producidos día por día se considerarán de la pertenencia del poseedor en esta proporción.

La doctrina del artículo citado del proyecto que ligera-

mente examinamos es igual á la contenida en el art. 451 del Código vigente.

Asimismo, conforme al art. 430 del proyecto, el poseedor de buena fe tendrá derecho al abono de los gastos hechos por él para la producción de los frutos naturales ó industriales que no hace suyos por estar aún pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión.

Tal disposición hállase contenida en el párrafo primero del art. 452 del Código, que considera además con derecho al poseedor de buena fe, á la parte del producto líquido de la cosecha al tiempo de la posesión, debiendo prorratearse las cargas entre los dos poseedores.

Un tercer párrafo contiene el citado artículo del Código, que no se encuentra en el proyecto. Es el referente á la facultad del propietario, si estimase conveniente usarla, de conceder al poseedor de buena fe la terminación de cultivo y recolección de los frutos pendientes como indemnización de los gastos del cultivo y del producto líquido que le pertenece, entendiéndose perdido el derecho de indemnización por otro medio, en caso de que el poseedor no quisiese aceptar por algún motivo la concesión del propietario.

El poseedor de mala fe se halla obligado, conforme preceptúa el art. 431 del proyecto, á restituir todos los frutos que hubiere producido la cosa desde su injusta detentación, precepto análogo al contenido en el art. 455 del Código, que concede tan solo derecho al poseedor de mala fe á ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa.

Gastos necesarios.—Son abonables, según dice el art. 432, á todo poseedor, sea de buena ó de mala fe, quien tendrá derecho á retener la cosa hasta tanto que se le haga el abono. El art. 453 del Código no se muestra tan benévolo como el proyecto, con el poseedor de mala fe, pues si bien estima justo el abono de los gastos necesarios á uno y otro poseedor, concede solo facultad para retener la cosa hasta

que sean satisfechos los mencionados gastos al poseeder de buena fe.

Gastos útiles.—Estos gastos deben abonarse al poseedor de buena fe, concediéndosele el derecho de retener la cosa hasta que se haya reintegrado de ellos. El propietario podrá elegir entre pagar el importe de los gastos ó el aumento de valor que por ellos tenga la propiedad.

Esta disposición del párrafo segundo del art. 432 del proyecto se encuentra consignada en el párrafo segundo del artículo 453 del Código.

Gastos voluntarios.—No deberán abonarse estos gastos de puro placer y ornato á ningún poseedor, pero el de buena fe podrá quitar las obras siempre que puedan separarse sin detrimento de la cosa mejorada.

Tal es la doctrina del art. 432 del proyecto, en su párrafo cuarto, que se encuentra también en el art. 454 del Código, estableciendo además este último que el importe de lo gastado en los adornos que el poseedor de buena fe puede llevarse siempre que no sufriere deterioro la cosa principal, lo abonará el sucesor en la posesión si prefiere conservar dichos adornos en su finca. El poseedor de mala fe, conforme al párrafo tercero del art. 432 del proyecto, podrá llevarse las mejoras, cuando el propietario no se las abone y puedan separarse de la cosa mejorada con facilidad y sin perjudicarla.

El art. 455 del Código concede al poseedor de mala fe igual derecho, y el propietario que prefiera quedarse con los objetos en que se hayan invertido esos gastos, abonará á aquél el valor de los mismos en el momento de entrar en la posesión. Son, por tanto, iguales en el fondo las disposiciones del proyecto y del Código actual.

Mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo.—Estas mejoras, tanto en el proyecto (art. 433) como en el Código (art. 456), ceden siempre en beneficio del propietario ó del que haya vencido en la posesión.

Pérdida de la cosa. — El poseedor de buena fe, según el artículo 434, no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseida, aunque haya ocurrido por hecho propio.

El poseedor de mala fe responde, aunque haya ocurrido por hecho fortuito.

El art. 457 del Código contiene análogos preceptos, añadiendo, respecto del poseedor de buena fe, que será responsable en los casos en que se justifique que ha procedido con dolo.

En cuanto al poseedor de mala fe, amplía la penalidad, considerándole responsable en todos los casos, y aun en aquellos de fuerza mayor, cuando maliciosamente hubiese retrasado la entrega de la cosa á su poseedor legítimo.

Comparando el proyecto y el Código en la materia objeto de estudio en el presente tomo, se nota mayor desarrollo en el Código actual, puesto que el proyecto examina tan interesante doctrina, como hemos dicho al principio, en diez artículos, insuficientes, á nuestro juicio, para abarcar, siquiera medianamente, las líneas generales de la posesión.

PROYECTO DE 1882

Título V: De la posesión.—Capítulo primero: De la posesión y sus especies (artículos 435 al 442).—Capítulo II: De la adquisición de la posesión (artículos 443 al 450.)—Capítulo III: De los efectos de la posesión (artículos 451 al 471).

El proyecto de 1882 contiene preceptos idénticos á los del Código, como puede observarse por el sumario, distribuyéndose la materia de posesión en tres capítulos, que forman el tít. V del lib. II.

Los artículos del proyecto hállanse contenidos en el Código de tal suerte, que por lo que respecta al capítulo primero, ó sea á la definición de posesión y sus clases, sólo encontramos ligerísimas variantes en dos artículos.

El proyecto de 1882 define la posesión que el Código

denomina natural del mismo modo que éste, á saber: la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona, guardando absoluto silencio sobre la posesión civil, que el Código define como la misma tenencia de la cosa ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.

El art. 440 del proyecto es igual en su contenido y forma al 435 del Código, añadiendo el primero las palabras «y con detrimento del verdadero dueño».

Todos los demás artículos del capítulo primero son exactamente iguales en el proyecto y en el Código, sucediendo lo mismo con los contenidos en el capítulo II, salvo pequeños detalles de redacción, que no especificamos por que no alteran en nada la doctrina.

El art. 452 del proyecto, si bien en cuanto al fondo no discrepa del art. 447 del Código, hállase redactado de distinta manera. Solo la posesión — dice — que se adquiere y se ejercita por una persona, en concepto de dueño, por sí misma, ó por su representación legítima, puede servir de título para adquirir el dominio.

Como se ve, la diferencia consiste en que el artículo del proyecto menciona al representante legítimo del dueño, haciéndose caso omiso del mismo en el artículo del Código.

El poseedor de buena fe, dice el art. 457 del proyecto, tendrá derecho al abono de los gastos hechos por él para la producción de los frutos naturales ó industriales que no le correspondan por estar aún pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión.

Este párrafo no se halla contenido en el Código, formando los párrafos primero y tercero del art. 452 de este cuerpo legal, uno solo que va á continuación del anteriormente mencionado en el proyecto, variando, como es natural, la redacción, pero siendo la doctrina exactamente la misma en uno y otro.

El Código añade un párrafo en el citado art. 452 que

tampoco se consigna en el art. 457 del proyecto, y es el relativo á que las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El art. 468 del proyecto manifiesta que todo aquel que posee una cosa como mero tenedor para disfrutarla ó retenerla en cualquier concepto, pero perteneciendo el dominio á otra persona, no podrá perjudicar al dueño con actos relativos á la posesión de la cosa, si carece de facultades expresas para ello ó no obtiene la ratificación correspondiente.

La doctrina de este artículo es la contenida en el artículo 463 del Código, con la diferencia de redacción.

Comparados los artículos 469 del proyecto y 464 del Código, nótase el aumento en el segundo del tercer párrafo, que dice así: «Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad, establecidos con autorización del Gobierno, obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.»

Estas son en detalle las diferencias esenciales que se notan al comparar el proyecto y el Código, diferencias que se refieren más bien á la forma, puesto que el fondo se parece tanto, que puede considerarse al proyecto como el molde donde se ha vaciado el cuerpo legal vigente.

ALEMANIA [1]

DE LA POSESIÓN Y DE LA TENENCIA

Libro III.—Sección segunda.—Artículos 797 al 825.

Posesión.—La posesión de una cosa se adquiere por la tenencia de la misma, unida á la intención del poseedor de haberla como suya.

(1) Teniendo en cuenta que se trata de un proyecto de Código, hacemos, como acostumbramos, un estudio de comparación

La posesión de una cosa no es posible sino cuando lo sea también la propiedad.

Sobre las partes integrantes de una cosa no cabe una posesión distinta de la de la cosa misma.

Una cosa puede ser poseída en común por varias personas.

Cuando varias personas tienen en común una cosa ó una parte de ella, los actos de cualquiera de los comuneros contrarios al uso común, se reputan como constitutivos de una usurpación ilícita.

Adquisición de la posesión.—Los incapacitados no pueden adquirir la posesión por sí mismos, pero pueden adquirirla los que tengan restringida su capacidad.

Son aplicables á la adquisición de la posesión por mandatario, las disposiciones sobre la adquisición por medio de actos jurídicos realizados por representante.

La posesión de una cosa se adquiere sin la voluntad del poseedor actual, por otra persona mediante actos que priven de la posesión á aquél.

También se adquiere por tradición cuando la posesión ha sido abandonada por el antiguo poseedor y continuada por el nuevo.

La manifestación del antiguo poseedor de abandonar la posesión, y la del nuevo de entrar en ella, bastan para la adquisición de la posesión cuando el que la adquiere se encuentra en situación de ejercitar la tenencia sobre la cosa.

La cosa que se encuentra en poder de una persona puede ser transmitida por el poseedor á un tercero, bastando el hecho de que encargue aquél al tenedor que ejerza la tenencia sobre la cosa en nombre del tercero, y que éste manifieste al antiguo poseedor ó al tenedor su intención de po-

---

entre los preceptos de éste y el Código español, limitándonos tan sólo á exponer todo lo que acerca de la posesión existe en el novísimo proyecto de Código alemán que damos á conocer á nuestros lectores.

seer. La posesión no se adquiere por el tercero cuando el tenedor de la cosa impugna la transmisión en juicio seguido con el poseedor ó el tercero.

La transmisión á un tercero de la cosa que se encuentra en poder del poseedor, cuando éste, en virtud de una relación especial de derecho existente entre él y el tercero, se encuentre autorizado ú obligado á conservar la cosa como tenedor, puede realizarse por el solo hecho de que el anterior poseedor, de acuerdo con el nuevo, declare á éste su voluntad de ejercer en lo sucesivo para él, la tenencia de la cosa.

Cuando el antiguo poseedor tiene el derecho de representar al nuevo, respecto á la adquisición de la posesión, basta para ésta, por el último, todo acto del anterior expresivo de su voluntad de ejercer en lo sucesivo la tenencia sobre la cosa para el nuevo poseedor.

La tenencia obtenida por actos ilícitos es *viciosa*, participando también de este carácter la del heredero de aquel cuya tenencia sea asimismo viciosa.

La tenencia de un sucesor de este último es sólo viciosa cuando aquél, en el momento de entrar en la posesión, conoce los vicios de la tenencia de su causahabiente.

El que ha sido despojado de la tenencia por un acto ilícito tiene contra el tenedor cuya tenencia ha sido tachada de viciosa el derecho de ser reintegrado en su posesión.

Este derecho no existe sino cuando el anterior tenedor tuviese una tenencia tachada de viciosa, respecto del tenedor actual.

En caso de despojo, si el tenedor no quiere reintegrarse en la posesión, el poseedor puede pedir que se le conceda la tenencia.

Efectos.—El ejercicio de la acción posesoria no impide el de la reivindicatoria; el ejercicio de ésta no impide el de aquélla.

En el juicio posesorio no se pueden hacer prevalecer los

actos posesorios como ilícitos cuando ha transcurrido un año desde que se realizaron. Esta disposición no es aplicable cuando es necesario alegar dichos actos para justificar la excepción consistente en sostener que de parte del que la opone no se llevó á cabo acto ilícito alguno.

Cuando alguno pierda la posesión de una cosa ó si ésta sufre deterioro durante la posesión, se presume que su patrimonio ha disminuído en el primer caso en el valor de la cosa, y en el segundo en el importe de aquél.

Derechos del tenedor.—1.° No ser privado, á menos que la ley disponga otra cosa en casos particulares, de la tenencia de la cosa sin su consentimiento, ni perturbado en su posesión. 2.° Rechazar por la fuerza los actos ilícitos. 3.° Recobrar también por la fuerza la cosa mueble de la cual hubiese sido despojado por un acto ilícito, considerándose en este caso como no interrumpida la posesión. 4.° Reintegrarse en la posesión, aun empleando la violencia contra las personas, tan pronto como tenga conocimiento de la usurpación, cuando haya sido despojado del aprovechamiento de un fundo por un acto ilícito, y en el caso de que la recuperación siga á ésta, ó cuando concurran las circunstancias que autorizan á obtener justicia por sí mismo 5.° Hacer que cese la perturbación cuando sea inquietado en su tenencia por un acto ilícito, y si teme que pueda ser perturbado de nuevo, pedir que el causante de la perturbación sea condenado á no cometer otras. No tendrá aplicación este precepto en el caso de que el perturbado en la posesión tuviera una tenencia tachada de viciosa con relación al perturbador.

Los derechos anteriormente consignados se aplican en beneficio de aquel que tiene solamente una parte de la cosa, y con especialidad en las heredades, habitaciones y locales destinados á usos diversos.

Extinción de la posesión. a) Casos en que se extingue.—La posesión se extingue: 1.° Por la realización de un hecho que la termine. 2.° Cuando se hace imposible. 3.° Cuando el

poseedor manifiesta su voluntad de no poseer más la cosa como suya (abandono de la posesión). 4.° Cuando se priva al poseedor de la tenencia de la cosa para siempre, pero no momentáneamente.

Son aplicables al abandono de la posesión por un incapacitado ó persona de capacidad restringida, las disposiciones referentes al abandono de derechos por actos jurídicos realizados por dichas personas y al abandono de la posesión por un mandatario las disposiciones sobre el abandono de derechos mediante actos jurídicos realizados por representante.

b) Casos en que no se extingue.—La posesión de la cosa no termina: 1.° Por el mero hecho de que un tercero adquiera la tenencia sobre la cosa si la adquiere con intención de ejercitarla para el poseedor. 2.° En el caso de que disfrutando un tercero de la tenencia del fundo, si el antiguo poseedor, ó cuando éste no tenga por sí mismo el fundo, el tenedor, tan pronto como llegue á saber los actos posesorios del tercero, se reintegre en su posesión efectiva. 3.° Por la voluntad del tenedor mientras conserve la tenencia de la cosa, si no manifiesta al poseedor que trata de ejercitar en lo sucesivo la tenencia, no para éste, sino para un tercero.

BÉLGICA Y FRANCIA

DE LA POSESIÓN

Libro III.—Parte segunda.—Título XX.—Capítulo II. Artículos 2.228 al 2.235.

Tratan de ella los Códigos que estudiamos, en el mismo título de la prescripción, constituyendo la posesión el segundo capítulo, por lo que sólo en términos generales aparece expuesta en el Código francés la teoría de la posesión.

Posesión.—Según el art. 2.228 de los dos Códigos, es la ocupación ó disfrute de una cosa ó de un derecho que se

tiene ó ejerce por uno mismo ó por otro que la tiene y ejerce en su nombre, doctrina análoga á la del art. 431 del Código patrio.

El poseedor tiene á su favor la presunción de poseer para sí y con título de propietario, en tanto que no se pruebe lo contrario.

Adquisición de la posesión.—Los actos de pura facultad, los de simple tolerancia, así como los de violencia, no pueden servir de fundamento para la posesión útil, según expresan los artículos 2.232 y 2.333 de los Códigos francés y belga, preceptos contenidos en el art. 444 del nuestro.

El art. 2.234 de los Códigos que examinamos declara que el poseedor actual que demuestre poseer desde antiguamente, se presume que ha poseído en el tiempo intermedio si no se probase lo contrario, disposición igual á la del 459 del Código español afirmativa de la doctrina de que el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume también que ha poseído durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.

Tratándose en los Códigos que estudiamos la materia de la posesión dentro de la prescripción, en el art. 2.235 de ambos, último del capítulo de posesión, dice que para completar la prescripción se puede agregar á la propia posesión, la de su causahabiente por cualquier concepto en que le hubiere sucedido, sea á título universal ó particular, sea á título lucrativo ú oneroso.

Clases de posesión.—Buena y mala fe.—Los Códigos belga y francés tratan de la buena fe en el título de la propiedad, capítulo de la accesión, al sentar la doctrina sobre los frutos de la cosa. El mero poseedor—dice el art. 549 de los dos Códigos—no hace suyos los frutos si no lo es de buena fe, estando obligado, en caso contrario, á restituirlo con la cosa al propietario. Respecto de la buena fe, manifiesta el art. 550 que se reputa poseedor, con tal cualidad, al que posee como dueño en virtud de un título traslativo

de la propiedad, cuyos vicios ignora, añadiendo que desaparece la buena fe cuando conoce el poseedor los vicios. La doctrina es respectivamente análoga á la de los artículos 434, 435 y 451 de nuestro Código.

Como se ve por el ligero estudio que antecede, los Códigos belga y francés son en extremo incompletos respecto de la materia de posesión. No expresan los modos de adquirirla y perderla, ni los efectos de la misma en general, ya con reación á la clase de bienes, ya con referencia á la buena ó mala fe del poseedor, limitándose, en cuanto á este punto, dentro de la doctrina de accesión, á determinar que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, pero sin hablar nada de los gastos necesarios, útiles y voluntarios, ni de las mejoras.

ITALIA

DE LA POSESIÓN

Libro II.—Título V.—Artículos 685 al 709.

Al tratar este Código de la posesión, ha tomado las doctrinas fundamentales que acerca de ella existen en el Código francés, hasta el punto de ser los artículos que la consignan completamente iguales, salvo ligeras modificaciones, que más bien afectan á la forma que al fondo de ellos, y sin dividir su estudio en capítulos y éstos en secciones, dedica todo el título V del libro II de su Código civil á tratar de la posesión.

Posesión.—El Código italiano la define en su art. 685 diciendo que es la retención de una cosa ó el disfrute de un echo que ejercitamos por nosotros mismos ó por medio n tercero, que lo hace en nuestro nombre, definición guarda semejanza con la que de la posesión natural da

nuestro Código civil en su art. 430. Y así como éste la distingue en natural y civil, aquél puede decirse que, si no de una manera expresa, establece esa distinción al decir en el artículo siguiente que la posesión es legítima cuando es continua, no interrumpida, pacífica, pública, inequívoca y *con la intención de tener la cosa como propia*, no existiendo, por tanto, en cuanto á su ejercicio, diferencia alguna entre lo ordenado por el Código italiano y el español en su art. 431.

Clases de posesión.—Á más de la posesión legítima de que hemos hablado existe la de buena fe, que siempre se presume, bastando, según el art. 702, que haya existido buena fe en el momento de adquirir, para que se admita tal presunción, pues la denuncia de mala fe lleva consigo la obligación de probarla. En este sentido es poseedor de buena fe, según el art. 791, el que posee como propietario en virtud de un título traslativo de la propiedad, cuyos defectos ignoraba, definición y doctrinas que no difieren de las que nuestro Código sienta en sus artículos 433 al 436. Son también análogas las de los artículos 432 y 437 á las que el italiano fija en el 687, al determinar que se presume que cada uno posee por sí mismo y á título de propietario cuando no se justifica que ha empezado á poseer en nombre de otro, en cuyo caso se presume siempre que la posesión ha continuado con el mismo título á no haber prueba en contrario, y está expuesta en el 690 del mismo Código, al establecer que la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse no tiene efecto jurídico.

Adquisición de la posesión.—Basta recordar lo expuesto al definir la posesión para comprender que las doctrinas de los artículos 685 y 686 son las condiciones que el Código italiano exige para llegar á adquirir la posesión, mencionadas en el Código español en su art. 438, ó sean la retención material de una cosa, ó el disfrute de un derecho con la intención de conservarlos como propios, exteriorizado por el hecho de quedar sujeto á nuestra voluntad ó por los actos

propios y formalidades legales, establecidos para adquirir tal derecho.

En cuanto á las personas que la pueden adquirir no existe diferencia entre los dos Códigos, pues en el citado artículo 685 ya se consigna que este ejercicio de derecho puede ser por el mismo dueño ó por un tercero en su nombre, confirmado por la presunción que admite el 687 de poseer cada uno para sí mismo á título de propietario, á no ser que se pruebe que se ha empezado á poseer á nombre de otro. Si examinamos nuestro Código en su art. 439, vemos que admite que el ejercicio para adquirir la posesión se realiza por la misma persona que ha de disfrutarla ó por un tercero en su nombre, extendiéndose en explicar la clase de autorización que para ello tenga, por lo que podrá resultar en exposición más clara, pero en cuanto á la doctrina, igual á la de los artículos del Código italiano que hemos consignado.

Por el Código italiano, el sucesor á título universal continúa de derecho en la posesión del que suceda, y el que sólo es sucesor á título particular puede reunir á su posesión la de su autor para invocar sus efectos y disfrutar de ellos, según establece el art. 693. Como se ve, la posesión puede ser transmitida por la herencia, lo mismo que sucede en nuestro Código, que en su art. 440 concede un carácter más amplio, pues desde luego la posesión se entiende transmitida al heredero desde el momento que llega á adirse la herencia.

Así en Italia como en España nunca podrá adquirirse violentamente la posesión, determinando aquél en su artículo 689 que los actos violentos ó clandestinos no pueden servir de fundamento para adquirir la posesión legítima, pero puede ésta empezar cuando la violencia ú ocultación cese, y según el 688 tampoco servirán de fundamento para quirir la posesión legítima los actos puramente facultati- s y los de simple tolerancia.

Aunque el Código civil italiano, en el tít. V del lib. II que lica á tratar de la posesión, no expresa en ninguno de sus

artículos si los menores ó incapacitados pueden adquirir la posesión asistidos de sus representantes legítimos, como el nuestro consigna en su art. 443, es lo cierto que aquél lo da á entender así por la facultad que confía al tutor al tratar en el libro I, tít. IX, sección 6.ª, del ejercicio de la tutela, artículo 296, dispensándole de la autorización del consejo de familia para entablar las demandas relativas al ejercicio de las acciones posesorias que al sujeto á su tutela asistan, todo lo que nos prueba que si bien al tratar de la posesión no lo consigna de una manera terminante y expresa, no por eso deja de comprender en su articulado los derechos que por la representación que el Código concede asisten á los que por su desgracia se encuentran incapacitados para hacer valer esos derechos.

Efectos de la posesión. Efectos generales.—El principio general que el Código español establece en su art. 446, de tener todo poseedor derecho á ser respetado en su posesión, se encuentra desarrollado en el italiano en sus artículos 694 á 697, á favor del que, encontrándose más de un año en posesión legítima de un inmueble, un derecho real ó una universalidad de muebles, se viese molestado en esta posesión, pudiendo pedir, dentro de ese mismo año, que se le mantenga en ella. Si fuera despojado violentamente ó de una manera oculta de la posesión, cualquiera que ésta sea, de una cosa mueble ó inmueble, puede en el año en que haya sufrido el despojo, pedir contra el expoliador ser reintegrado en la posesión. Esta reivindicación ha de ordenarse por el Juez, notificándolo á la parte contraria por la simple notoriedad del hecho sin ningún retardo y por el procedimiento más breve, contra cualquiera que sea, aun cuando fuere éste el mismo propietario de las cosas, cuyo poseedor ha sido despojado, sin que este reintegro excluya el ejercicio de las demás acciones posesorias de parte de todo legítimo poseedor.

Admite también este Código en su art. 691, la presunción,

salvo la prueba en contrario, de que el poseedor actual que demuestre su posesión anterior, ha poseído también durante el tiempo intermedio, doctrina exactamente igual á la consignada en el art. 459 de nuestro Código, admitiendo además el italiano la presunción de que la posesión actual no hace presumir la posesión antigua, á no ser que el poseedor tenga un título, en cuyo caso se presume que ha poseído desde la fecha del mismo si no se probase lo contrario, doctrina que, como se ve, guarda gran semejanza con la que el Código civil español fija en su art. 448.

Efectos de la posesión de buena fe.—El Código italiano fija en sus artículos 703 á 706 los que corresponden al poseedor de buena fe, que no son otros que los señalados por el Código patrio en su art. 461, ó sea: hacer suyos los frutos producidos, sin estar obligado á restituir más que los percibidos con posterioridad á la demanda, y retener los bienes por causa de mejoras en los mismos, que estén subsistentes y se hubieran pedido en el juicio de reivindicación después de probada su existencia.

No puede pedir indemnización alguna por causa de mejoras si no existiesen al tiempo de la evicción, en cuyo caso sólo podrá pretender la suma menor que resulte entre los gastos y el mayor valor adquirido por la cosa.

Como es fácil notar, el Código italiano, al expresar los efectos de la posesión de buena fe, lo hace sólo en términos generales, sin ser, por tanto, minucioso como el español, que fija el momento en que se consideran percibidos los frutos, establece la regla á que han de sujetarse, clasifica los gastos, y expresa claramente cuándo ha de percibirse su importe, todo lo que se omite en el italiano, que á pesar de que concede, como nuestro Código, en su art. 435 el derecho de retención de bienes, es sólo concurriendo ciertos y determinados requisitos.

Efectos de la posesión de mala fe.—El Código italiano no dedica ningún artículo á expresar, como el español lo hace

en el 455, los efectos de la posesión de mala fe; sólo en el art. 705 dice que lo mismo el poseedor de buena que el de *mala fe*, no pueden pedir por mejoras sino la suma menor que resulte entre los gastos y el mayor valor adquirido por la cosa, todo lo que supone que los efectos de esta posesión serán los contrarios á los concedidos al poseedor de buena fe y que ya dejamos consignados en el epígrafe correspondiente.

Gastos necesarios, útiles y voluntarios.—No clasifica el Código italiano los gastos que se hayan hecho en la cosa, como lo hace el español en sus artículos 453 y 454, determinando los que son de abono ineludible y los que no tienen este carácter. El vencedor en la posesión puede optar entre satisfacer su importe ó abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa. Respecto de los de lujo ó recreo, no son abonables al poseedor de buena fe, pues el Código italiano, hablando en términos generales, sólo da derecho en su art. 705 á percibir por esta causa al poseedor de buena ó mala fe la suma menor que resulte entre los gastos y el mayor valor adquirido por la cosa.

Al conceder al poseedor de buena fe el derecho de retención por causa de mejoras en el artículo siguiente, exige que éstas se hayan hecho realmente, estén subsistentes y se hubiese dado alguna prueba de su existencia al pedir los bienes, en el curso de la demanda de reivindicación, lo que da á entender, sin género alguno de duda, que las mejoras que reconozcan su origen en la naturaleza ó el tiempo, ceden siempre en beneficio del vencedor en la posesión, como sucede en nuestra patria por la disposición del art. 456 del Código civil, sucediendo igual, por lo que se deduce del italiano, con aquellas mejoras, que hayan dejado de existir al adquirir la cosa el que haya obtenido la posesión, causa por la que no estará obligado á abonar. La doctrina que dejamos expuesta no aparece consignada en los términos claros y terminantes del art. 458 del Código español, pero se des-

prende de lo consignado en el art. 706 del Código que examinamos.

Posesión de los bienes muebles.—Las disposiciones que referentes á esta materia establecen los artículos del Código italiano guardan gran analogía con las que nuestro Código fija, hasta el punto de que, salvo ligeras modificaciones, algunos de ellos se confunden. Determina aquél en su art. 707 que respecto á los bienes muebles, por su naturaleza y título al portador, la posesión produce en favor de los terceros de buena fe el mismo efecto que el título; doctrina que en menos palabras la encontramos consignada en el Código español en su art. 464 al expresar en su primer párrafo que la posesión adquirida de buena fe equivale al título.

Si pasamos ahora á examinar el siguiente artículo del Código italiano, ó sea el 708, encontraremos más semejanza con lo expuesto por el nuestro en el segundo párrafo de dicho artículo 464 al exponer aquél que el que hubiere perdido una cosa ó á quien se la hubiesen quitado, puede reclamarla de aquel que la tenga, sin perjuicio de que este último exija indemnización á aquel de quien la recibió.

Por último, el art. 709 expresa que si el actual poseedor de la cosa sustraída ó perdida la hubiere comprado en una feria ó mercado ó en una venta pública ó de un comerciante que vendiese públicamente objetos análogos, no puede el propietario obtener la restitución de su cosa sin reembolsar al poseedor el precio que le haya costado, disposición que contiene el párrafo tercero del ya citado art. 464 del Código español.

Pérdida de la posesión.—No se detiene el Código italiano á enumerar los medios de perder la posesión, como el nuestro hace en su art. 460, limitándose tan sólo á consignar aquél en sus artículos 694 y 695 el término de más de un año para adquirir y perder la posesión, pues los restantes modos de perder la posesión que el Código español consigna, aunque no aparecen expuestos en el italiano, son tan gráficos, que se puede asegurar existen.

Obra nueva.—Expone el Código italiano, al tratar de la posesión en su art. 698, que el que tema que una nueva obra empezada por un tercero sobre terreno propio ó ajeno cause perjuicio á un inmueble, á un derecho real ó á otro objeto por el mismo poseído, puede denunciar al Juez la obra nueva siempre que ésta no esté terminada ó haya transcurrido un año desde que empezó á construirse. Esta doctrina á primera vista parece que encaja mejor dentro del derecho de accesión relativo á las cosas inmuebles, pero si se examina bien lo dispuesto por el Código italiano en su libro II, título II, capítulo III, sección 1.ª, artículo 452, que es con el que parece guarda más relación, se observará la diferencia que entre ambos existe, pues para que tenga lugar lo dispuesto en el art. 698 es indispensable concurran dos condiciones: que *no esté terminada* la obra y haya *transcurrido un año* desde que empezó á construirse, circunstancias que diferencian completamente una y otra doctrina, puesto que en el citado art. 452, las que exige para que exista accesión son buena fe en el que ocupa el terreno con su obra, que ésta se haga con *conocimiento* del propietario del terreno y *sin oposición*.

Aclarada la confusión que pudiera surgir del estudio del artículo 698, diremos que la doctrina que él mismo establece no es otra que la conocida en nuestro derecho con el nombre de interdicto de obra nueva, cuyo procedimiento regula la ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 1.663 al 1.675 de un modo análogo á lo que para el ejercicio de tal derecho fija el Código italiano en el segundo párrafo del citado artículo 698.

Edificio ruinoso.—El Código italiano no dedica un capítulo especial, como hace el nuestro en su libro II, tít. II, capítulo V, artículos 389 á 391, á tratar esta materia, por cuya causa, y á fin de guardar el mismo orden que cada uno de los Códigos que estudiamos establece, dijimos, al hacer el estudio del Código italiano en el tomo VI, que este Código,

al tratar de la propiedad, no contenía ningún artículo referente á edificios ruinosos y árboles que por su próxima caída puedan ocasionar perjuicio, dedicando tan solo á esta materia, al tratar de la posesión, su art. 699, por el que se dispone que el que tenga razonable motivo para temer que un edificio cualquiera, un árbol ú otro objeto amenace de peligro grave é inminente á un predio ó un objeto por el mismo poseído, tiene derecho á denunciar el hecho al Juez y de obtener, según las circunstancias, ó que se tomen medidas para evitar el daño ó se preste por el dueño colindante fianza representativa de los perjuicios posibles, doctrina que, como se ve, no difiere gran cosa de lo dispuesto en los artículos 389 á 391 y sus concordantes de nuestro Código civil.

Servidumbres.—Establece el art. 700 del Código italiano que en todas las cuestiones de posesión en materia de servidumbres, la práctica del año precedente, y cuando se trate de servidumbres ejercitadas en intervalos que excedan de un año, el uso del último período de disfrute, determinarán los derechos y deberes de todos los interesados.

PORTUGAL

DE LA POSESIÓN

Libro I.—Título IV.—Capítulo I.—Artículos 474 al 504.

Posesión.—Llámase posesión, según el art. 474, á la retención ó disfrute de cualquier cosa ó derecho, no constituyendo posesión los actos potestativos ó de mera tolerancia. Como se ve, tanto el Código que examinamos como el gente en nuestro país, definen la posesión de análoga manera, considerando á la posesión como retención ó tenencia disfrute de una cosa ó derecho, pareciéndonos, no obs-

tanto, más explícito nuestro Código al desenvolver el concepto de la importante materia objeto de estudio en este tomo.

La posesión, según el art. 474 en su párrafo 2.°, se conserva mientras dura la retención ó disfrute de la cosa ó derecho, ó la posibilidad de continuar en ellos.

A semejanza del art. 437 de nuestro Código, el 479 del portugués manifiesta que pueden ser objeto de posesión cosas y derechos ciertos, determinados y que sean susceptibles de apropiación.

Adquisición de la posesión.—Pueden adquirir la posesión todos los que tengan uso de razón y aun los que carezcan de él en las cosas que puedan ocuparse libremente. Tratándose de aquellas personas que se encuentren incapacitadas, y respecto de las cosas apropiadas, podrán poseerlas por medio de las personas que legalmente ostenten su representación. Estos preceptos son análogos á los establecidos en los artículos 439 y 443 del Código español.

Al igual que el art. 431 de este Código, el de Portugal dice que la posesión puede ejercitarse tanto en nombre propio como en el de otra persona. En caso de dudas se presume que el poseedor lo es en su propio nombre, admitiéndose también que continuará la posesión en nombre de quien la comenzó.

Clases de posesión.—La posesión como medio de adquirir, puede ser, lo mismo que en nuestro Código, de buena y de mala fe.

Se entiende por posesión de buena fe aquella que procede de un título, cuyos vicios no sean conocidos del poseedor.

Llámase posesión de mala fe á la que se verifica en la hipótesis contraria, es decir, cuando se conocen los vicios de que adolece el título, entrándose, no obstante esto, en la posesión.

Las definiciones que anteceden guardan, como puede observarse por su lectura, analogía grande con las conteni-

das respecto de este particular en el art. 433 del Código de España.

Poseedor de buena fe.—El poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa, si á ello no dió causa.

Asimismo hace suyos los frutos naturales ó industriales producidos por la cosa y cogidos antes del dia en que cesó la buena fe, y los frutos civiles correspondientes á la duración de la misma posesión de buena fe; pero si en el momento en que ésta cesare, hubiese pendientes frutos naturales ó industriales, tendrá el poseedor derecho al resarcimiento de los gastos causados por aquella producción y además á una parte del producto líquido proporcional al tiempo de su posesión, relacionado con el de la cosecha.

Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El propietario de la cosa puede, si ésta es su voluntad, conceder al poseedor de buena fe el derecho de terminar el cultivo y recolección de los frutos pendientes, como indemnización de parte de los gastos de labranza y del producto líquido que le pertenezca, perdiendo el derecho de ser indemnizado en otra forma el poseedor de buena fe que por cualquier causa se negare á aceptar esta concesión.

Las disposiciones de los tres primeros párrafos del artículo 495 anteriormente consignadas guardan, como puede observarse, perfecta analogía con las contenidas en el artículo 452 del Código español.

Conforme al párrafo 4.° del citado art. 495 del Código portugués, la buena fe se considera que ha cesado desde el momento en que los vicios de la posesión han sido denunciados judicialmente al poseedor, por la interposición de la ción correspondiente ó por probarse que eran conocidos el mismo poseedor.

El poseedor de buena fe tiene derecho, según el art. 500, retirar las mejoras de lujo que haya hecho, siempre que

en la operación no se deteriore la cosa, no pudiendo retirarlas ni reclamar su valor en caso contrario. La precedente disposición es análoga á la contenida en el art. 454 de nuestro vigente Código.

La posibilidad del detrimento será apreciada por peritos, nombrados por las partes, debiendo compensarse las mejoras con los deterioros.

Poseedor de mala fe.—Al despojante violento siempre se le presume de mala fe. El poseedor que reúna esta condición responde de pérdidas y daños, á no ser que pruebe que no proceden de negligencia ó culpa suya, y también es responsable de las pérdidas y daños accidentales si se prueba que éstas no se han realizado encontrándose la cosa en posesión del que obtuvo fallo favorable en el juicio.

Asimismo hállase obligado el poseedor de mala fe á la restitución de los frutos que la cosa hubiese producido ó podido producir mientras la retuvo en su poder.

El poseedor de mala fe (art. 502) perderá, en beneficio del que le haya vencido en juicio, las mejoras de lujo que hubiese hecho en la cosa litigiosa.

La posesión de mala fe y los efectos de ella son análogos en ambos Códigos, y con respecto á las mejoras de lujo, solamente añade el Código español un principio favorable al poseedor de mala fe, por cuanto le permite llevarse los objetos de lujo, siempre que la cosa no sufra deterioro ó no prefiera quedarse con ellos el poseedor legítimo, abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

Derechos comunes á ambos poseedores.—Tanto el poseedor de buena como el de mala fe tienen derecho á ser indemnizados de los gastos que hubiesen hecho para la conservación de la cosa, pero únicamente el poseedor de buena fe goza del derecho de retención mientras no se le pague, precepto análogo al del párrafo 1.° del art. 453 de nuestro Código.

Del importe de los referidos gastos—continúa el art. 498 del Código portugués—se deducirá el rendimiento líquido de los frutos recibidos, procediendo la retención, si la restitución comprende diversas cosas, respecto de aquéllos tan sólo, que hayan recibido mejoras.

También tienen derecho ambos poseedores á retirar las mejoras útiles que hayan hecho en la cosa, siempre que puedan hacerlo sin detrimento de ésta.

Cuando se ocasionare detrimento por retirar las mejoras, satisfará á su contrario el que hubiese ganado el pleito, el valor de aquéllas en el momento de hacerse la entrega, teniendo derecho á la retención si el vencido poseyó de buena fe. Esta disposición guarda perfecta consonancia con la establecida en el párrafo 2.° del art. 453 del Código español, en cuanto al fondo, puesto que es el mismo criterio el que guió á los legisladores de ambos países.

La posibilidad del detrimento será apreciada por el vencedor, calculándose el valor de los beneficios ó mejoras por su coste, si no excediese éste del valor real de aquéllas al tiempo de la entrega. En caso contrario, no puede el vencido percibir más que aquel valor.

Al igual que el art. 456 del Código vigente en nuestra patria, el 503 del que examinamos preceptúa que las mejoras independientes de la voluntad del vencido, y por tanto las provenientes de la naturaleza ó del tiempo, como manifiesta el primero de los citados cuerpos legales, redundan en beneficio del vencedor.

Frutos.—Se dividen en naturales, industriales y civiles. Los primeros son aquellos que la cosa produce espontáneamente; los segundos los producidos mediante la industria del hombre, y los terceros los procedentes de la misma cosa, como las rentas ó intereses.

Mejoras.—Á pesar de que no las define de modo expreso, como lo hace respecto de los frutos, éstas pueden considerarse de tres clases: necesarias, útiles y de lujo. Las se-

gundas aparecen definidas en el art. 495, que dice que se considerarán de tal condición á todas aquellas mejoras que, no siendo indispensables para la conservación de la cosa, aumentan su valor.

Las mejoras de lujo, conforme al párrafo 2.° del art. 500, son todas aquellas que, sin aumentar el valor de la cosa á que se adhieren, sirven sólo para el recreo del poseedor.

Efectos de la posesión.—La posesión produce en favor del poseedor la presunción de propiedad, presumiéndose siempre de buena fe, á menos que se pruebe lo contrario ó en aquellos casos en que la ley no admita semejante presunción.

Derechos del poseedor.—Conforme á los artículos 484, 485, 486 y 487, el poseedor tiene derecho: 1.° Á ser amparado ó restituído en su posesión contra cualquier perturbación ó despojo. 2.° Á pedir la intervención de la justicia, á fin de que se intime al que le amenaza para que se abstenga de hacerle agravio, bajo la pena de 10.000 á 30.000 reis de multa, además de los daños y perjuicios. 3.° Á poder amparar su posesión ó restitución por su propia fuerza y autoridad, siempre que su acto sea consecutivo al de la agresión, ó bien acudir á los Tribunales para que le atiendan. 4.° Á una restitución cuando fuere despojado violentamente, siempre que la pida dentro del plazo de un año, no pudiendo ser oído en juicio el despojante hasta tanto que la restitución se hubiere efectuado.

Perturbación ó despojo.—No se entenderá perturbado ni despojado de su posesión (art. 491) al que en ella fué amparado ó restituído judicialmente.

Indemnización de perjuicios.—Al amparado ó restituído según el art. 492 deberán indemnizársele los perjuicios que le hubiere causado la perturbación ó el despojo, realizándose la restitución á costa del despojante en el lugar mismo del despojo.

Preferencia de posesión.—Cuando ésta fuera de menos

de un año, nadie podrá ser mantenido en ella ó restituido judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión sea mejor.

Se entiende mejor la posesión abonada por título legítimo; á falta de éste, ó con presencia de títulos iguales, la más antigua; siendo las posesiones iguales, la actual, y si ambas fueran dudosas, quedará en depósito la cosa objeto de la cuestión hasta que sea ventilada ésta.

Las anteriores disposiciones guardan analogía con las expuestas en el art. 445 del Código patrio.

Cuando la posesión hubiere durado un año—dice el artículo 489 del Código de Portugal,—será el poseedor mantenido ó restituido en su posesión mientras no sea vencido en la cuestión de propiedad.

Pérdida de la posesión. — El art. 481, lo mismo que el 460 del Código español, establecen que puede perderse la posesión: 1.° Por abandono. 2.° Por cesión á otro á título oneroso ó gratuito. 3.° Por la destrucción ó pérdida de la cosa, ó por quedar ésta fuera del comercio. 4.° Por la posesión de otro aunque sea contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.

Este año deberá contarse desde el hecho de haberse tomado públicamente la nueva posesión; y si se hubiese tomado clandestinamente, desde que conste al expropiado el hecho.

También puede perderse la posesión por muerte del poseedor, en cuyo caso deberá pasar la posesión, en virtud de la ley y con las mismas condiciones que si fuese efectiva, á sus herederos, empezando á contarse el término desde el momento en que aquél falleció.

Acciones.—Las que corresponde ejercitar á los poseedores no serán aplicables á las servidumbres continuas no aparentes, ni á las discontinuas, excepto en el caso en que la posesión se funde en un título que proceda del propietario del predio sirviente ó de aquellos de quien éste lo adquirió.

La acción de conservación y de restitución en la posesión pueden intentarse por el perturbado ó despojado ó por sus herederos y representantes.

La segunda de dichas acciones, ó sea la de restitución, no sólo podrá ejercitarse contra el despojante, sino también contra sus herederos y representantes ó contra tercero á quien hubiese transferido la cosa por cualquier título.

Prescripción.—La acción de conservación prescribe al año, contado desde el hecho que la dió origen, y la de restitución en el mismo tiempo, contado desde el hecho del despojo ó desde que el interesado tuvo noticia del mismo, en el caso de haberse ejecutado de una manera clandestina.

GUATEMALA

DE LA POSESIÓN

Libro II.—Título IV.—Artículos 516 al 541.

El Código de Guatemala consagra al examen de la materia que forma el contenido del presente tomo, veintiséis artículos, que constituyen el título IV del libro segundo.

Posesión.—De análoga manera que nuestro Código en su art. 430, el guatemalteco define la posesión diciendo que es la tenencia ó goce de una cosa ó de un derecho, con el ánimo de conservarla para sí, estableciendo la distinción de aquélla en natural y civil. La primera, que existe por la mera aprehensión corporal de la cosa, y la segunda, por ministerio de la ley, aun cuando no haya dicha aprehensión.

La definición que antecede, consignada en el artículo 516 del Código que examinamos, guarda en cuanto al fondo perfecta consonancia con la del Código español, pareciéndonos,

no obstante, mucho más completa la de este cuerpo legal, sobre todo en lo que respecta á la posesión civil.

La posesión que se tiene sobre una cosa, no en concepto de dueño, sino en lugar ó en nombre del dueño, se denomina mera tenencia, conforme al art. 532.

Clases de posesión.—Conforme al art. 517, la posesión puede ser de buena ó de mala fe. Existe la primera cuando el poseedor de la cosa cree tenerla bien adquida de aquel á quien consideraba como dueño. La segunda aparece ostensible cuando falta esa creencia.

El Código español está de acuerdo con esta distinción y división puesto que, como ya sabemos, en su art. 433, reputa de buena fe á todo aquel poseedor que ignora en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide, y de mala fe, al que se halla en el caso opuesto.

La posesión puede ser también violenta (art. 520) ó sea aquella que se adquiere por la fuerza, no produciendo, como es natural, efectos legales. Esta fuerza puede ser actual ó inminente. El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento. El vicio de violencia existe cuando se haya empleado contra el dueño verdadero de la cosa ó contra el que la tenía en lugar ó á nombre de otro, dando lo mismo que la violencia se ejecute por una persona ó por sus agentes y que se ejecute con su consentimiento, ó que después de ejecutada se ratifique expresa ó tácitamente.

Se denomina clandestina á la posesión que se ejerce ocultándola á los que tienen derecho á ella.

Adquisición de la posesión.—Se presume que todo poseedor posee para sí, mientras no se pruebe lo contrario, no haciéndolo en este concepto aquel que tiene una cosa ó usa de ella á nombre ó por voluntad de otro.

Siempre que el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio si no se justifica lo contrario.

Estos preceptos, consignados en los artículos 518 y 524 del Código guatemalteco, tienen cierta analogía con los de los artículos 431 y 436 del Código español, que dicen que la posesión se ejerce por una persona ó por otra en su nombre, presumiéndose que aquélla se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió á no demostrarse lo contrario.

Toman posesión sin intervenir personalmente, según el artículo 528: 1.°, los hijos por medio de su padre ó madre; 2.°, la mujer por medio de su marido; 3.°, los que están bajo tutores ó guardadores, por medio de éstos; 4.°, el poderdante por medio de su procurador; 5.°, el dueño por medio del arrendatario, y 6.°, los pueblos, las Corporaciones y el fisco por medio de las personas que las representan.

Si el que toma la posesión á nombre de otra persona no es su mandatario ni su representante, no poseerá (art. 529) sino en virtud del conocimiento y aceptación de aquél, pero no retrotraerá su posesión al momento en que fué tomada á su nombre.

Cuando alguno de los que toman para otro la posesión cometiese fraude ó daño á algún tercero, será personalmente responsable por los daños y perjuicios, haciéndose extensiva esta responsabilidad á las personas para quienes se adquiere la posesión si éstas hubiesen dado órdenes é instrucciones para abusar, y exceptuándose á los menores y mayores incapacitados.

La posesión de las cosas incorporales, es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal, no mudando la mera tenencia en posesión el simple lapso de tiempo.

Ya se suceda á título universal ó singular, la posesión del sucesor principia en él, á menos que quiera añadir la de su antecesor, pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.

Podrá agregarse en los mismos términos á la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores.

Por último, todo aquel que hubiese alcanzado la posesión por fuerza, está obligado á la restitución de frutos sin deducción de mejora alguna.

Efectos de la posesión.—Efectos generales.—El que posee una cosa para sí, sin violencia ni clandestinamente, goza de los derechos siguientes: 1.° Ser reputado dueño de la cosa mientras no se pruebe lo contrario. 2.° No estar obligado á responder de la cosa en juicio sumario, sino en ordinario, cuando la ha poseído más de un año. 3.° No ser desposeído de la cosa si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio. 4.° Ser preferido á cualquiera otro que la pida con igual derecho, excepto en el caso en que deba darse posesión individual. 5.° Hacer suyos los frutos de la cosa mientras la posea de buena fe.

Un precepto análogo al art. 450 del Código español, contiene el párrafo primero del art. 535 del guatemalteco. Cada uno de los partícipes—dice este último artículo—de una cosa que se poseía proindivisa, se entenderá haber poseído exclusivamente durante todo el tiempo que duró la indivisión, la parte que por la división le cupiere.

Podrá añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte, si hubiese sido comprendida en la enajenación ó gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.

Efectos de la posesión de buena fe.—El poseedor de buena fe esta obligado á restituir los frutos percibidos de la cosa poseída, desde que es citado con la demanda, deduciendo las mejoras necesarias y útiles y con derecho á retener la cosa en su poder hasta que se le abone el importe. Este precepto, contenido en el art. 526, guarda analogía, en cuanto á la doctrina que establece, con el art. 453 del Código español.

Efectos de la posesión de mala fe.—El poseedor de mala fe está obligado á la devolución de los frutos y al resarci-

miento de los daños causados por su culpa, teniendo derecho á que se le abonen las mejoras necesarias realizadas en la cosa.

El que hubiere alcanzado la posesión por fuerza, está obligado á la restitución de frutos sin deducir mejora alguna.

Como vemos, el precepto del párrafo primero, sustenta análoga doctrina á la expuesta en el art. 455 del Código español.

Pérdida de la posesión. a) *Casos en que se pierde.*—La posesión se pierde, según el art. 541, en los casos expuestos en los incisos 1.° y 3.° del art. 460 del Código español, ó sea por la destrucción de la cosa y por el desamparo ó abandono por más de un año.

También se pierde cuando otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya, excepción hecha de los casos en que la ley no dispusiere otra cosa, precepto análogo al contenido en el apartado 4.° del citado art. 460 de nuestro Código.

b) *Casos en que no se pierde.*—Según el art. 538, que contiene igual doctrina que la consignada en el art. 461 del Código español, no se entenderá perdida la posesión de la cosa mueble mientras se halle en poder del poseedor.

Si el que tiene la cosa mueble en lugar y á nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra, á menos que el usurpador enajene á su propio nombre la cosa, en cuyo caso, la persona á quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin á la posesión anterior. El poseedor conserva la posesión aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arrendamiento, comodato, prenda, depósito, usufructo ó cualquiera otro título no traslativo de dominio.

Para que cese la posesión registrada de una cosa inmueble es necesario que el registro se cancele, ya por voluntad de las partes, ya por un nuevo registro en que el anterior poseedor transfiera á otro su derecho, ó bien por

decreto judicial. Mientras subsista el registro, el que se apodere de la cosa á que se refiere el título registrado no adquiere posesión de ella, ni pone fin á la existente. Este precepto no aparece en nuestro Código, si bien puede tener alguna analogía con el del art. 462.

MÉJICO

DE LA POSESIÓN

Libro II.—Título IV.—Artículos 919 al 962.

Este Código se ocupa de la posesión en un único título, no dividido en capítulos ó secciones.

Posesión.—Esta es, según el Código mejicano en su artículo 919, la tenencia de una cosa ó el goce ó derecho por nosotros mismos ó por otro en nuestro nombre, concepto equivalente al que de la posesión natural ofrece el Código español en su art. 430 en unión del 431.

Clases de posesión.—El Código mejicano, como el nuestro, distingue la posesión de buena fe de la de mala fe. La posesión, como medio de adquirir el dominio, dice el artículo 920, es de buena ó mala fe. Es poseedor de buena fe (artículos 927 y 928) el que posee ó cree fundadamente poseer, en virtud de un título bastante para transferir el dominio; el que ignora los vicios del título. Es poseedor de mala fe, conforme al art. 929, el que posee, sabiendo que no tiene título; el que sin fundamento cree que lo tiene, y el que sabe que el título es insuficiente ó vicioso. En el fondo la doctrina del Código mejicano, respecto de la buena ó mala fe del poseedor, es análoga á la del art. 433 del nuestro, bien que la de éste sea más genérica y menos explícita que la de aquél.

La posesión es transmisible por herencia continuando

los herederos del poseedor la posesión comenzada por él. Esto dispone el art. 954 en equivalencia al precepto del 440 del español.

Respecto al hecho de dos posesiones, ó sea por dos personalidades distintas, el art. 958 declara mejor la posesión acreditada por título; á falta de éste, ó siendo iguales los títulos, la más antigua, y si fueren dudosas ambas posesiones, la cosa se pondrá en depósito, doctrina análoga en parte á la del art. 445 del Código español.

Adquisición de la posesión.—El Código de Méjico contiene en este punto una disposición general no mencionada en el nuestro, á saber: la de que son capaces de poseer los que lo son de adquirir (art. 921). En cambio no figura la del art. 438 (hechos por los que se adquiere la posesión) ni expresamente la del art. 349 (posesión en nombre propio ó mediante otra persona), si bien el párrafo segundo del artículo 921 establece que los incapacitados poseen por medio de sus representantes legítimos; que el poseedor tiene á su favor la presunción de poseer por sí mismo (art. 922) y que el poseedor en nombre de otro, no es poseedor en derecho, presumiéndose que continúa poseyendo en nombre del mismo (artículos 923 y 924).

Efectos de la posesión. Efectos generales.—La posesión, según el art. 925, da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales, disposición equivalente á la del art. 449 de nuestro Código, aunque la de éste es más restringida puesto que habla de la posesión en concepto de dueño y aquél habla de la posesión en general.

El art. 459 del Código español declara que el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior tiene á su favor la presunción de que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario. Pues bien; doctrina igual asienta el art. 926 del Código mejicano.

El poseedor tiene derecho de ser mantenido en su posesión, siempre que fuere perturbado en ella, y de ser resti-

tuído en la misma, preceptos de los artículos 955 y 956 del Código mejicano, iguales á los del art. 446 del patrio.

Efectos de la posesión de buena fe.—El poseedor de buena fe tiene los siguientes derechos: 1.° Hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no se interrumpa por los mismos medios que la prescripción (artículos 931 y 932). 2.° Ser abonado de los gastos hechos para la producción de los frutos naturales é industriales que no coja por estar pendientes al tiempo de la interrupción. 3.° Al interés legal del importe de los gastos desde el día que se hayan hecho hasta el pago. Estos derechos son los que señalan los artículos 451 y 452 de nuestro Código.

El art. 949 del Código mejicano, de igual modo que el párrafo 1.° del 457 del español, determina que el poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída.

Efectos de la posesión de mala fe.—El Código mejicano señala distintos efectos á la posesión de mala fe, según el título de adquisición de la tenencia de la cosa. Si se ha adquirido por robo, el poseedor está obligado, con arreglo al artículo 937, á restituir todos los frutos producidos por la cosa, ó los que haya dejado de producir por omisión culpable del poseedor en el cultivo ordinario de la finca. Si la tenencia fué adquirida por título traslativo de dominio, conforme al art. 938, sólo estará obligado á restituir los frutos percibidos, no los dejados de percibir, á no ser adquirida la cosa á sabiendas, por fuerza ó miedo, ó contra las prescripciones del Código, en cuyo caso el poseedor se equipara al del caso de robo. En este punto se diferencian el Código mejicano y el nuestro, pues éste, en el párrafo 1.° del artículo 455, habla genéricamente declarando obligado al poseedor de mala fe al abono de los frutos percibidos y los dejados de percibir, salvo el reintegro de los gastos necesarios para la conservación de la cosa, sin distinguir entre el origen de la tenencia de la misma.

En cambio, el art. 941 del Código mejicano, de conformidad con el párrafo 2.° del 455 del español, establece que el poseedor de mala fe puede retirar las mejoras útiles, si el dueño no se las paga, y puede hacerlo sin detrimento de la cosa.

El poseedor de mala fe responde, conforme al art. 950, de toda pérdida ó deterioro sobrevenido por su culpa ó caso fortuito, á no ser que pruebe que esto se habría verificado aunque la cosa hubiera estado poseída por su dueño, pero no de la sobrevenida natural é inevitablemente por el sólo curso del tiempo, según preceptúa el art 951. Esta doctrina se aparta bastante de la del párrafo 2.° del art. 457 de nuestro Código, que hace responsable de la pérdida ó deterioro de la cosa al poseedor de mala fe en todo caso, aun en el de la fuerza mayor, si retrasare maliciosamente la entrega de la cosa á su poseedor legítimo.

Gastos necesarios, útiles y voluntarios.—Define el Código de Méjico estos diversos gastos, definiciones que omite el español. Denomina necesarios (art. 913) á los prescritos por la ley, y aquellos sin los cuales la cosa se pierde ó se desmejora. Son útiles, según el 944, los que sin ser necesarios, aumentan el precio ó producto de la cosa, y voluntarios (art. 945) los que sólo sirven al ornato de la cosa ó al placer y comodidad del poseedor.

Aparte de esto, en cuanto al abono de los gastos, la doctrina del Código que examinamos es en extremo análoga á la del patrio.

Los gastos necesarios son abonables, según expresa el artículo 919, á todo poseedor, si bien sólo el de buena fe puede retener la cosa mientras se hace el pago, precepto idéntico al del párrafo 1.° del art. 453 de nuestro Código. Los útiles son abonables sólo al de buena fe, con el derecho de retener la cosa, según dispone el 960 y declara el 453 del nuestro en su párrafo 2.°, aunque no contenga la opción establecida en el Código patrio de satisfacer el importe de los

gastos ó el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Los gastos voluntarios del Código mejicano son los que el nuestro denomina de puro lujo ó mero recreo, y tanto por aquél (art. 942) como por éste (art. 454), no son abonables á ningún poseedor, si bien el de buena fe puede retirar las mejoras, con arreglo al mejicano, siempre que no cause detrimento á la cosa mejorada ó reparando el que cause, conforme al nuestro, con esta misma condición, y además, si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

Pérdida de la posesión.—Se pierde, según los artículos 952 y 953 del Código mejicano, por las mismas causas establecidas en el 460 del patrio, ó sea, abandono de la cosa, cesión á título gratuito ú oneroso, destrucción ó pérdida, quedar fuera del comercio, y posesión de otro por más de un año.

En el Código mejicano no aparece en el título de posesión la doctrina de los artículos 461 y 464 (posesión de cosa mueble), 462 (posesión de inmueble), 463 (actos relativos á la mera tenencia), 465 (posesión de los animales fieros, mansos y domesticados) y 466 (recuperación de la posesión perdida) del Código español.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO V

De la posesión.

Es ya un tópico corriente, cuando de la posesión se trata, inaugurar el trabajo ponderando sus dificultades. El maestro de la doctrina posesoria, el ilustre Savigny, hacía notar esto mismo en su tiempo. En nuestro país el distinguido expositor Benito Gutiérrez confiesa que hay gran parte de honra en declararse vencido por una materia difícil.

Realmente la labor no es baladí: fijar el concepto de la posesión; definir exactamente sus especies; seguir su proceso biológico, desde su nacimiento á la vida del derecho hasta su extinción; determinar sus efectos; esto en los lineamentos generales: y en lo tocante á determinadas particularidades de la materia, trazar el croquis de las acciones posesorias, delimitar las presunciones defensivas, especificar, en armonía con cada caso concreto, las consecuencias de la posesión en lo concerniente á la percepción de los frutos, á la indemnización de los gastos necesarios, al resarcimiento de las

mejoras útiles, etc., es en realidad trabajo espinoso, que se acrecienta cuando, separándose del cerco reducido del derecho legislado, penetra el pensamiento en la región de las ideas y estudia la posesión desde un punto de vista fundamental ó filosófico.

Nosotros, sin embargo, no vemos esa dificultad insuperable, que, como dice Savigny, ha conducido á algunos escritores á la desesperación.

Vemos, sí, cierta nebulosidad en las doctrinas, resultado natural de las condiciones en que la institución que nos ocupa pasó á la vida del derecho.

Notamos en la posesión caracteres ambiguos, algo así como anfibología jurídica, si se nos permite la frase.

Observamos cierta promiscuidad entre la posesión y otras instituciones por lo que atañe á sus elementos integrales. Conocemos la universalidad de que se halla investida, por cuanto no hay cosa corporal ó incorporal, que esté en el comercio de los hombres, donde no se muestre; pero de todo esto obtenemos, en puridad de lógica, el convencimiento de la extensión de la materia posesoria, más bien que el de una dificultad imposible de vencer.

El estudio de la posesión envuelve peligros; quizá el temor de los escritores á que alude Savigny procedía del conocimiento de los disimulados escollos en que fácilmente puede tropezarse.

Diríamos, valiéndonos de un símil, que así como la investigación científica en determinadas instituciones del derecho se asemeja al cruce de un tranquilo río, la investigación de la doctrina posesoria se puede comparar á las exploraciones en el mar, porque ¿quién ignora que ofrece profundidades cuya presión no pue-

den soportar todas las inteligencias? Si los mayores talentos en la ciencia jurídica, lo mismo entre los jurisconsultos del mundo romano y de la época del renacimiento que entre los de nuestros días, han incurrido en errores y contradicciones, ¿será de extrañar, dadas estas enseñanzas, que aquellos otros que reconocen su nivel intelectual más inferior expresen su recelo al ingreso de sus trabajos?

No por ser un tópico corriente, sino por íntimo convencimiento, expresaríamos igual temor si nos propusiéramos estudiar la posesión en principios; pero siendo mucho más modesta la esfera de nuestra actividad; acomodándose ésta á un plan de antemano aceptado, más que por conformidad absoluta, por la índole de la obra; sujeto nuestro pensamiento á discurrir sobre elementos ya combinados; limitado el desenvolvimiento de la resultante de esta combinación por tres líneas, que se resuelven en las funciones de aclarar, prever y complementar, condicionadas en su generalidad por la labor crítica, cual circunferencia en la que hubiéramos de inscribir un triángulo isósceles, no tenemos por qué aquilatar imaginarias dificultades que podrían sonar, cuando no á anticipadas disculpas, á ponderativas lisonjas.

***

Así como en el orden filosófico no hay problema que más despierte la curiosidad que el relativo al origen humano, así en el orden jurídico tampoco existe ninguno que avive el espíritu investigador como el de descubrir el principio de las instituciones del derecho.

Con las reservas que en punto al desarrollo de las materias impone la índole de nuestro libro, vamos á esbozar en breves rasgos algunas noticias etimológicas é históricas.

Mucho han disputado los autores acerca de la procedencia filologica de la palabra posesión.

La ley 1.ª, tít. II, libro cuarenta y uno del Digesto, dice: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Graeci detentationem dicunt.*

En esta ley y en algunos textos canónicos se apoyaron los tratadistas para derivar la palabra posesión de *positio sedium* como nota singular de la *insistencia*, que es, según afirma el ilustre catedrático de la Universidad salmantina Fernández de Retes, el carácter esencial de la posesión.

Dando á la posesión el valor etimológico que queda indicado, pudo decir el Rey Sabio en sus siete Partidas que "possession tanto quier dezir como ponimiento de pies", y asegurar Ramos del Manzano que lo que se tiene con los pies naturalmente se posee.

Otros escritores afirman que proviene de *posse*, poder ó facultad, siendo ésta la etimología más aceptada.

Hácenla derivar otros de *possum et sedere*, afirmando los lexicógrafos que la partícula *po* es un prefixo que ya se halla en los dialectos osco y umbriaco, y cuyo objeto es aumentar y particularizar en un objeto una acción ó influencia determinada.

El Marqués de Olivart, en las *Addenda et Corrigenda* de su obra sobre la posesión, hace notar que Huschke pretende encontrar la etimología de que nos ocupamos en *pote sedere*, expresando la voz *sedere* el carácter

corporal de la posesión como hecho, en contraposición á la propiedad derecho.

De las opiniones que preceden, nosotros nos adherimos á la más generalmente seguida, ó sea á la enunciada en segundo lugar.

La misma inseguridad que hemos tenido ocasión de observar con respecto á su procedencia etimológica, habremos de notar en lo referente á su origen histórico.

Entre las numerosas fuentes que hemos consultado para trazar las páginas de este breve estudio, hacemos mención particular del tratado sobre la posesión escrito por el Sr. Marqués de Olivart, no precisamente por su mérito intrínseco, que es imposible desconocer, sino por tratarse de una obra española contemporánea, única en la materia, y por constituir desde la portada al colofón un riquísimo arsenal de datos y antecedentes de indispensable consulta para los cultivadores de estos estudios.

Habiendo expresado una ley del Digesto (1) que, según dictamen de Nerva, hijo, el dominio de las cosas empezó por la posesión natural, comenzaron desde luego los escritores á preocuparse de esta idea, lanzada, sin género alguno de duda, con propósito distinto de la intención que se le ha atribuído.

Ello es que, entre otros autores, Merenda afirma que la posesión consistió en la originaria tenencia de la tierra.

Nuestro conocido expositor Viso cree también que en los primeros tiempos la posesión debió ser el único

---

(1) Ley 1.ª, § 1.º, tít. II, libro cuarenta y uno, Dig. *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait...*

signo de la propiedad, hasta que, garantizada esta última por la ley, vino á constituirse una diferencia entre la propiedad y la posesión, en cuya virtud pudo un individuo ser dueño de la cosa sin estar ocupándola materialmente, así como pudo otro poseerla sin tener el dominio de ella.

Doctrina semejante es la de Carou, el cual distingue tres épocas, la apropiación, la posesión y el derecho.

La verdad inconcusa respecto de este particular es que desde el instante en que nos remontamos á los tiempos prehistóricos en cualquiera de sus tres períodos, arqueolítico, neolítico ó de los metales, la conjetura y las deducciones más ó menos lógicas y fundadas son los únicos elementos aprovechables.

La propiedad mueble existió desde luego, como afirma Azcárate, porque los hombres se apropiaron los frutos espontáneos de la tierra y las armas de que se valían para la defensa y para la caza.

La propiedad pecuaria debió ser la que obligara á los hombres del período neolítico á la aprehensión de la tierra, ocupándola temporalmente en tanto no se agostaban los pastos que servían de alimentación al ganado. Pero dadas las condiciones de aquellos tiempos, las tribus debieron atravesar por frecuentes alternativas, siendo nómadas en sus emigraciones en busca de tierras fértiles y sedentarias cuando se aposentaban con sus ganados en las nuevas comarcas ocupadas.

El pastoreo adquirió sucesivamente mayor auge: Coexistiendo con este desarrollo comenzaron los hombres á cultivar el suelo, apropiándose la tierra como condición necesaria para el fomento de la labor agrícola.

En estos períodos nebulosos de la historia de la humanidad, ¿existen trazos aunque sean toscos y groseros de la posesión jurídica? Nadie seguramente podrá sentar una afirmación categórica. Cuando la relación de propiedad aún está en gérmenes, es imposible conjeturar la existencia de la posesión. La posesión como originaria tenencia de la tierra de que habla Merenda; la posesión como período más avanzado al de ocupación, que expresa Carou, no puede reputarse sino como un estado rudimentario de la propiedad, ó á lo sumo como una de las fases progresivas por que ésta ha ido atravesando.

Aun en los tiempos tradicionales, la propiedad se nos presenta con un carácter colectivo, perteneciendo á la sociedad, tribu ó familia. La posesión jurídica tampoco es posible, y es menester llegar á los tiempos propiamente históricos, á la propiedad individual, para que se nos ofrezcan las líneas todavía indecisas y vagas de dicha institución. «La inalienabilidad, dice Azcárate, es una consecuencia de la forma colectiva ó social de la propiedad.» En otro lugar de su notabilísimo «*Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*,» añade: «Ahora bien: si la propiedad fué en su origen social y en modo alguno ni en ninguna parte individual, es claro que la explicación dada hasta ha poco por los más de los jurisconsultos acerca del nacimiento de aquélla, es completamente infundada. Se decía que la propiedad había comenzado por la ocupación, la cual daba derecho al disfrute exclusivo de la tierra temporalmente, que luego la continuación en este goce exclusivo se había convertido en propiedad; y de aquí que el ilustre Savigny hiciera arrancar aquélla de la posesión

contradicha y consagrada por la prescripción; es decir, que suponía que había: primero, el hecho de la posesión; segundo, el de oposición por parte de los demás, y tercero, la prescripción que venía á consagrar aquel hecho. En toda esta explicación se observa siempre el constante error de ver al individuo frente á frente sólo del individuo, cuando el examen que acabamos de hacer demuestra cómo no comienza por esa ocupación individual, puesto que es ocupación de la tribu que se asienta en cada territorio; ni hay oposición, puesto que siendo de aquélla la propiedad no podía venir de parte alguna; ni necesita luego la prescripción, porque la propiedad primero es de la tribu, luego de los grupos de familia y después de las familias, merced á la distribución que el primer propietario, la tribu, hace de la misma.»

Estas palabras del Sr. Azcárate constituyen la demostración más cumplida de la inexistencia en estos tiempos tradicionales de la posesión jurídica.

En el fondo de la opinión de Savigny se encierra, sin embargo, una enseñanza aprovechable, y es: que la posesión jurídica nació á la vida del derecho por la contradicción, ó dicho en otros términos, por virtud de la colisión de dos voluntades, cada una de los cuales pugnaba por prevalecer. Ambas voluntades se desenvolvían en la misma dirección, se encaminaban al mismo fin, es á saber, al dominio exclusivo de una cosa. Y este hecho tipo, repetido muchas veces en la sucesión del tiempo, generó la posesión como institución de derecho y con la posesión los efectos, que son [illegible] obligada consecuencia. La posesión fué, por tant el remedio necesario aplicado á la solución de los co

flictos que la expansión del elemento individual produjo.

Cuando el hombre alcanzó á concebir la existencia de una propiedad exclusivamente suya, y sintiéndose con fuerzas para subsistir independiente, quebrantó los moldes absorbentes de la tribu, entonces nació la propiedad individual, porque á impulsos de la fuerza expansiva desarrollada, se transformó la propiedad colectiva. El derecho, dice Ihering (1), es como Saturno devorando á sus hijos: no le es posible renovación alguna sino rompiendo con el pasado.

La propiedad individual generó el derecho de posesión. Así lo confirma Ahrens (2) cuando dice que históricamente la noción de la posesión se produce con motivo de la relación de propiedad. Y aún afirmaríamos por nuestra parte, que si en Roma el derecho de posesión alcanzó tan extraordinario vuelo fué debido á que, como sostiene Azcárate, Roma llegó, en cuanto al individualismo de la propiedad, á un punto que no alcanzaron los demás pueblos, quedando, sin embargo, lo que era efecto de aquella antigua y robusta constitución del Estado.

En el pueblo Indio el derecho de propiedad se manifiesta originariamente en la forma de la comunidad, patrimonio de los pueblos primitivos: Merced á sucesivas evoluciones, la propiedad individual se desenvuelve, siendo de notar que el Código de Manú presenta algunos textos, de los cuales se deriva la existencia de la prescripción. Uno de dichos textos dice así:

La lucha por el derecho.
Enciclopedia jurídica.

»Excepto en la prenda, en el depósito y en el comodato, cuando un propietario ve sin reclamación alguna usar ante su vista, durante diez años, là cosa, ya no le pertenece y no debe recuperarla jamás.» En otro lugar declara prescriptibles las cosas de los incapacitados y menores de diez y seis años.

En Atenas, afirma Thonisem que la posesión fué protegida llegando en muchos extremos más allá de la legislación romana.

«En Atenas, dice Azcárate, tenía gran importancia la propiedad mueble, como lo prueba el desarrollo alcanzado por la contratación.

Así es que encontramos un sinnúmero de convenios garantizados por su derecho: la venta, la donación, el seguro marítimo, el préstamo á la gruesa, etc. La venta de los inmuebles se verificaba ante el Magistrado, y la de las cosas muebles mediante la entrega simultánea de la cosa y del precio, equivaliendo la posesión al título, ó arguyendo aquélla el dominio como sucede hoy en muchas legislaciones modernas.»

Dado el carácter eminentemente comunicativo y comercial del pueblo ateniense, se explica que, por el desarrollo de la propiedad mobiliaria, fuese ésta protegida por las leyes, concediendo acción pública contra el despojo de la cosa mueble. El propósito fué impedir la justicia privada, y si bien la acción de despojo estuvo al principio limitada á las cosas muebles, luego se extendió á las inmuebles, equiparándose á los interdictos posesorios romanos de *acquirendæ, retinendæ y recuperandæ possessionis*.

Llegamos en esta reducida excursión histórica pueblo romano.

Niebhur, á quien siguen Savigny y Giraud, explica el origen de la posesión en el derecho de Roma.

Dice Azcárate con referencia á Laboulaye y Savigny, que es cosa fuera de duda que los términos *possessio, possidere, possessor*, no se referían en un principio en Roma si no al *ager publicus;* así es que se llamaban *possessiones* á las tierras que disfrutaban los patricios en oposición á los de *praedia, agri, fundi*, con que se designaban á aquellas otras en las cuales los ciudadanos romanos tenían el dominio *ex jure quiritium*.

En la república romana existían dos clases de tierras: el *ager publicus* y el *ager privatus*. Este segundo podía ser objeto de propiedad privada, pero no obstante la imposibilidad de que el *ager publicus* fuese el contenido de una relación de propiedad individual, se concedía á simples ciudadanos romanos para su tenencia y usufructo, pero reservándose la República el derecho eminente de recuperarlo en cualquier tiempo.

El *ager publicus,* dijimos en el tomo VI al trazar un ligero bosquejo histórico nos presenta el lado sombrío del derecho de propiedad en Roma; terribles luchas entre patricios y plebeyos, determinantes de profundas conmociones sociales, originadas por la ambición de los primeros y el deseo de los segundos de consagrar sus derechos; leyes escritas con sangre que nos recuerdan la noble figura de los Gracos. Tal es la fotografía que conservamos del *ager publicus*. Pero en medio de todo, el *ager publicus* aportó un elemento para la ciencia jurídica: la doctrina de la posesión y los interdictos.

Los patricios retuvieron la mayor parte del *ager publicus*, por el que pagaban una renta escasa, cuando

no nominal, mas los romanos no los consideraron nunca si no como meros poseedores de estas tierras. Prevalidos los patricios del largo tiempo que venían disfrutando de la *possessio* y del *usus*, porque ellos eran los que habían fecundizado esas tierras, las habían comprado, enajenado, transmitido, en ellas estaba la tumba de sus padres, etc., trataban de retenerlas cuando cualquiera se las disputaba, resultando así frente á frente el derecho de la ciudad y el derecho de los patricios.

El derecho romano que protegía el *ager privatus* con la *reivindicatio* trató de proteger también á los *possessores*, y para ello se valió, según Savigny, de los interdictos pretorios. Más tarde, añade el mismo autor, el pretor consagró esta última institución en el Edicto, y de este modo nacieron los interdictos pretorios sin sensible alteración de las reglas del derecho.

En época más reciente, del mismo modo se consideró útil extender al *ager privatus*, la *possessio* reconocida al *ager publicus*. No se sabe á ciencia cierta cuándo se realizó esta aplicación, aunque en tiempos de Cicerón los interdictos ya existían.

La consecuencia sentida en el orden del derecho fué la de que los mismos que tenían el *ager privatus* se aprovecharon de los remedios posesorios, dejando intacta la cuestión de dominio.

Molitor acepta la teoría histórica de Savigny, pero con reservas, porque opina que en vez de restringir el origen de los interdictos posesorios al *ager publicus*, hay que hacerlos extensivos á la protección de todos los poseedores que no podían tener el dominio *ex jure quiritium*, con el fin de evitar que los desposeídos acudiesen á vías de hecho, empleando la violencia.

Manifiesta Ihering, que el primer vestigio que en el Derecho romano se encuentra de la posesión jurídicamente considerada, es la colación de las vindicias en el antiguo procedimiento reivindicatorio.

Un texto de la Instituta de Gayo así lo prueba.

En el fragmento 16 del Comentario IV, después de especificar el procedimiento y las fórmulas usadas en el *judicium duplex* de la *reivindicatio*, dice así: «*Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversaro dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructum.*»

«Por último, el Pretor pronunciaba la adjudicación provisoria de la cosa en favor de uno de los contendientes, esto es, concedía interinamente la posesión de la cosa objeto del litigio á una de las partes, exigiendo de ella que diese fianza á la otra, así para responder del litigio como de la posesión, esto es, de la cosa y de sus frutos.»

La posesión se presenta en el derecho de Roma con un caracter materialista que se espiritualiza y afina á compás del progreso del pueblo romano.

Las diferencias entre el derecho antiguo y el nuevo son harto sensibles, y para hacerlas resaltar nada más oportuno que trasladar á estas páginas el notable paralelo que traza el insigne Ihering en su *Espíritu del Derecho romano*. «La teoría de la posesión y de la usucapión es un terreno muy favorable para estudiar la diferencia del derecho antiguo y del nuevo. Aunque la
esión, por su naturaleza originaria sea una relación
amente de hecho, y parezca, por consiguiente, que
de ser tratada de una manera material, la compa-

ración del derecho antiguo y del nuevo nos indica precisamente de qué modo el materialismo y el espiritualismo se manifiestan en esta materia. El modo de adquirir la posesión, por ejemplo, según la idea materialista, exigía una aprehensión (en el sentido literal). El derecho antiguo la exigía también, y no se contentó como el derecho nuevo con la simple *posibilidad* de una acción inmediata, como por ejemplo, en la *traditio longa manu*, con mostrar, con ver el objeto... La jurisprudencia antigua, negando la capacidad de poseer á las personas jurídicas, se conformaba una vez más con el aspecto natural de la relación; la jurisprudencia nueva, por el contrario, reconoce esa capacidad. La posibilidad de adquirir la posesión por medio de representantes libres, es igualmente un progreso del derecho nuevo que, sin disputa, manifiesta una concepción más amplia de los medios de adquirir.

Según el concepto natural, la posesión se pierde desde que un tercero se la apropia. El derecho antiguo se atiene á esta idea, mientras que el derecho nuevo hace continuar la posesión del ausente sobre los inmuebles, contra el que usurpa los bienes.

Esta diferencia se manifiesta todavía más en las consecuencias de la usucapion. Las condiciones originarias de ésta eran, á lo que parece, las de que fuese susceptible de ser usucapida (*res furtiva*), con la circunstancia puramente extensiva de una posesión adquirida y exenta de vicios (*nec vi, clam, precario*).

El desenvolvimiento ulterior de la institución se caracteriza por dos circunstancias. La voluntad de *usucapiens* tiende más y más á ser el eje de esta relación jurídica. Esta tendencia es ya evidente en la ju-

risprudencia del derecho nuevo; ejemplo el *titulus putativus*, que el derecho canónico consagró definitivamente en su tan conocida disposición sobre la *mala fides superveniens*. De otra parte, el elemento exterior visible de la usucapion, la posesión, fué tratada menos severamente y con más libertad.

El *usucapiens* pudo prevalerse de una posesión ejercida por otro (su predecesor ó el acreedor hipotecario), y se admitió que su muerte no fuese causa de interrupción. Era conforme al carácter materialista de la usucapión que el propietario no la pudiera interrumpir intentando la reivindicación. Una opinión que me parece aceptable decide lo contrario en la *longi temporis possessio*, lo que es una prueba de su origen relativamente moderno.»

El estudio de la posesión en el derecho de Roma, requiere un espacio del que nosotros no podemos disponer; así es que con las indicaciones que anteceden, pasamos á ocuparnos de la posesión germana.

Se la ha considerado distanciada de la posesión romana, por cuanto no presenta caracteres de conformidad con esta última, ni por lo tocante á la admisión de la excepción de propiedad en el demandado, ni por la obligación de afirmar el demandante posesor su condición de propietario.

Bruns sostiene que los germanos conocieron desde el principio el derecho de propiedad, pero que sus acciones revistieron un carácter marcadamente petitorio.

Los germanos basaban su sistema de defensa en dos
lios probatorios, el juramento y los testigos, medios
os cuyo único asiento radica en la buena fe y la se-
a conciencia del pueblo.

La prueba de la adquisición legítima, tomaba según Bruns, la tonalidad de una excepción petitoria, explicándose esta especie de consolidación entre las acciones posesorias y las petitorias por el concepto de la justicia privada, cuya prohibición no era absoluta.

La que hemos llamado posesión germana evolucionó durante la Edad Media en un sentido progresivo y tomó forma propia en la Gewere, en Alemania, el Clamor de Haro, en los países normandos, y la Saisine, en Francia.

El predominio que el Derecho canónico alcanzó durante la Edad Media, y acaso, como dice Savigny, el conocimiento imperfecto del Derecho romano, determinaron una extensión en los principios de éste, aplicando la noción posesoria á los .derechos

En el Concilio VI de Cartago, es decir, en un tiempo en que no podía existir aún el influjo de las ideas del Derecho germánico, se aplicó la posesión de derecho á los episcopales.

El *remedium spolii* constituyó la segunda extensión aunque, como afirma Savigny, los jurisconsultos bien versados en su ciencia no se dejaron engañar, ó al menos no cayeron en graves errores, porque ninguno de ellos percibió en la *exceptio spolii* un nuevo derecho en las acciones posesorias.

El hecho cierto es que los textos del Derecho canónico dieron lugar á que unos jurisconsultos viesen en la *exceptio* expresada una acción nueva que venía á reemplazar al interdicto *unde vi*, y otros solamente creyeron encontrar una extensión del mismo interdicto

Dos son los textos de los cuales se ha derivado l *exceptio spolii.*

El primero se encuentra en la recopilación de Graciano.

Reintegranda sunt omnia expoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificimus, et in eo loco, unde abcesserant, funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut captivitate, aut dolo, aut violentia mayorum, aut per quacunque injustas causas, res ecclesia, vel proprias, aut substancias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularen ad synodum vocationem eorum et reliqua.

El segundo es una decretal de Inocencio III.

Sœpe continget quod spoliatus per spoliatorem in alium re transtata, dum adversus possessoren non subvenitur per restitutionis beneficium eidem spoliat, commodo possessionis amisso, prqpter difficultatem probationem, juris proprietatis amittit effectum. Unde, non obstante juris civilis rigore, sancimus ut si quis de caetero scienter rem talem receperit cum spoliatori quassi succedat in vitium es quod non multum.

Si un Obispo es expulsado de su silla y despojado de sus bienes, no podrá ser juzgado ante el Sínodo por ningún crimen hasta que haya sido restituído en su silla y en sus bienes.

Los prácticos de la Edad Media, no obstante la referencia á un caso concreto que la simple lectura del texto revela, fueron muy lejos en sus deducciones, porque estimaron supérfluo todo cuanto el Derecho romano había establecido sobre posesión, y, en seguimiento de estas exageradas ideas, sostuvieron dogmáticamente que toda especie de posesión podía dar lugar *remedium spolii*, y que la demanda reintegratoria ía entablarse contra todo poseedor del objeto.

Savigny critica con gran fundamento estas extravagancias, y las explica porque faltos los prácticos de los siglos medios de un conocimiento profundo del derecho de Roma, en aquellos extremos donde como el posesorio su mecanismo es más complicado, acogieron jubilosos un texto que, interpretado erróneamente en el sentido de una expansiva ambigüedad, resolvía, por efecto de su propia latitud, muchos casos de pérdida de la posesión, entonces irresolubles; pero que hubiesen sido resueltos con el auxilio del Derecho romano si el conocimiento de éste hubiera sido más común.

La Decretal, *Sæpe contínget* de Inocencio III, encauzó las exageraciones de los prácticos. El Derecho romano no concedía acción contra el tercero, aunque éste hubiese recibido la cosa del autor de la violencia y tuviese noticia de la misma. Ulpiano dice: *Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessione esse fundum accipiam* (1); es decir: No parece que poseo con violencia el fundo que recibí de aquel que sabía que lo poseía violentamente.

Inocencio III (*nom obstante juris civilis rigore*), templó las durezas del Derecho romano, concediendo acción contra el tercero, en contemplación á que tanto peligro corría el alma del despojante como la de este tercer poseedor violento.

Según Molitor, el Derecho canónico, sancionando la máxima de *Spoliatus ante omnia restituendus*, sirvió á los jurisconsultos de la Edad Media para oponer una

(1) Ley 3.ª, § 10, tít. XVII. libro 43. Dig. *Uti possidetis*.

barrera al Derecho germánico y al concepto relativo de su justicia privada, puesto que consentía la recuperación de la cosa arrebatada por la fuerza, con las armas en la mano.

Los glosadores restauraron la teoría romana de la posesión, y es que á contar del siglo XII, las Universidades comenzaron á ejercer una considerable influencia en el desenvolvimiento intelectual de Europa.

Los glosadores trabajaban constantemente el derecho. Sus fuentes, si no tan copiosas como las que hoy contamos para el estudio de la jurisprudencia romana, eran muy numerosas. Los glosadores manejaban las Pandectas (*Digestum*), el Código, las Instituta, el texto antiguo latino de las Novelas (*Authenticum*), el epítome de las novelas de Juliano (*Novellæ*), la Lombarda y la compilación del derecho feudal.

Los glosadores no se limitaron á las lecciones orales ante sus discípulos; dieron forma escrita al producto de su investigación, y aunque en su origen las glosas eran breves explicaciones, por ejemplo, de una palabra difícil, que unas veces se intercalaban entre las líneas del texto (glosa interlineal), otras veces, cuando así lo requería su extensión, se redactaban al margen, poco á poco fueron adquiriendo importancia, introdújose el *apparatus*, ó sea todas las partes del texto completamente explicadas, y las glosas llegaron á convertirse en una especie de comentario perpetuo. Esta renovación continua de intérpretes produjo un renacimiento de la jurisprudencia, no muy duradero ni cierto.

Irnerio, Hugolino, Burgundio, Azo, Balduino y otros muchos, cerraron la era de los glosadores y, con Accur-

sio, se inicia la decadencia de los siglos XIII y XIV, en los cuales la esterilidad fué tan grande, que toda la literatura jurídica se concentró, según afirma Savigny, en incompletas glosas, miserables desde el punto de vista del plan y de la ejecución.

A los comienzos del siglo XIV volvió á iniciarse un florecimiento en Italia. Oldradus y Jacobo de Belvisio así lo atestiguan; y dan cumplida fe de esta afirmación las tendencias de los jurisconsultos italianos de aquella época á modernizar, por decirlo así, el derecho de posesión, estableciendo el principio de que allí donde fuese posible se admitiese la posesión en los *jura incorporali* y la protección posesoria, sin distinguir si pertenecían al derecho público ó al privado, al de personas ó al de bienes.

Séanos ahora lícito detenernos un momento en el estudio de la institución de la *Gewere* en el antiguo Derecho germánico.

Desempeñó la *gewere* en los tiempos medios un papel análogo al de la posesión en las legislaciones latinas. Sin embargo, los caracteres de la *gewere* fueron muy diversos de los peculiares de la posesión romana. Ernesto Lehr, en sus elementos de Derecho civil germánico, dice que la *gewere* significa el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa y los derechos que de este poder se derivan.

Ahrens, después de hacer constar que los escritores germanistas discuten aún acaloradamente acerca de la naturaleza jurídica de la *gewere*, manifiesta que esta última denota originaria y fielmente la protección á u propiedad según el derecho nacional, y en caso nece rio, aun la que podamos prestarle por la propia defen

La *gewere*, que según el mismo autor ya citado, solo tuvo lugar en los primeros tiempos respecto de las fincas territoriales, se adoptó luego por investidura; y la relación así nacida con la cosa se llamó *gewere*.

Pronto hubo de comprenderse que la investidura por sí sola no garantizaba el derecho y que debía pensarse en una posesión, alcanzada de tal suerte, que una cosa pudiese pertenecer en propiedad á quien no tuviese la investidura de ella y al contrario.

De aquí nació en la Edad Media la concepción de la *gewere* como aquello que está asegurado por el derecho, como la relación protegida de una persona con una cosa; en suma, la protección jurídica.

El locatario, el prestatario, el acreedor prendario y aun el que tenía una cosa robada, dice Ahrens, en cuanto el derecho le protegía contra una agresión arbitraria, tenía una *gewere*. Además, como una cosa podía estar en relación jurídica con varias personas, así también existían diversas *gewere;* la del propietario al lado de la del derecho del acreedor hipotecario. De igual manera se explica que la *gewere* se hiciese extensiva á las obligaciones consistentes en prestaciones de tracto continuo como censos perpetuos y rentas.

He aquí, pues, expuesta una breve noción de la *gewere* germánica, útil, no solo desde el punto de vista histórico, sino desde el doctrinal, porque hay autores que creen encontrar analogías entre la posesión de nuestro vigente Código civil y la *gewere* germana.

Hemos dicho que los estudios jurídicos recibieron ..a restauración del Derecho romano y las escu·las os glosadores un considerable impulso; pero por la ·le del trabajo de estos últimos y el no muy subido

mérito de los comentadores que les sucedieron, aunque aportaron elementos útiles no llegaron á fundar una teoría posesoria.

Nuestra Universidad de Salamanca puede vanagloriarse de haber contado en su claustro durante el siglo XVII tres ilustres romanistas, que estudiaron sistemáticamente la doctrina de la posesión.

Verdad es que ya entonces había florecido el insigne autor del tratado de *Emendationum et opinionum juris civilis*, Antonio Agustín, quien, al volver por los esplendores de la antigua jurisprudencia, trazó el camino que hubieron de seguir Melchor de Valencia, Ramos del Manzano y Fernández de Retes. Las obras de estos tres jurisconsultos, únicamente impresas por Meermann en el *Thesaurus jusis civilis et canonici*, han merecido de Savigny un cumplido elogio. Las lecciones de estos tres jurisconsultos españoles, dice, están hechas con mucho cuidado, y, después de la obra de Hugo Donellus, puede estimárselas las más serias en materia de posesión. Su método externo las separa completamente de las obras francesas de este género.

La doctrina posesoria recobra lozana vida con la aparición en 1803 de la obra de Savigny. Este importante estudio, saturado de espíritu crítico, produjo desde los primeros instantes un movimiento intelectual extraordinario, manifiesto en la diversidad de teorías, de que daremos cuenta en esta misma introducción. La literatura posesoria, antes escasa, adquiere una abundancia manifiesta. Nuevos puntos de mira antes oscurecidos sirven de tema á estudios analíticos é históricos.

Si la influencia savigniana no es más decisiva, de-

bese á que el creador de la escuela histórica, al remover con su talento los obstáculos que el Derecho romano oponía, transmitió con el impulso su modo de concebir el derecho, reflejado en su manera personalísima de ejecutar, y aun aquellos mismos que fueron desde luego sus contradictores, no pudieron sustraerse á la sugestión de Savigny, así como en los tiempos medioevales, cuando florecían las Universidades italianas y hasta el aire estaba saturado de romanismo, les fué imposible á los escritores de entonces dejar de beber en el manantial perdurable del Derecho romano.

El esfuerzo crítico de Savigny refirióse al Derecho de Roma; pero el espíritu filosófico despertó, y ya son las objeciones de Thibaut y de Gans, ya es Puchta, que en su concepción subjetiva pone al lado del derecho de la personalidad la posesión como un derecho de la propia persona, viendo el fundamento de la protección posesoria en la inviolabilidad de la voluntad, ya es Sthal, que basa dicha protección en la inviolabilidad de la relación de hecho que existe entre una persona y una cosa, ya es Röeder, que cree encontrar la causa en el derecho primario de la personalidad que obliga á reputar intachable la conducta del poseedor mientras no se demuestre lo contrario, ya es nuestro Giner, que parece seguir las huellas de Röeder, ya es, por último, el gran Ihering, que con mirada sagaz descubre en el complemento de la protección de la propiedad la raíz de la protección posesoria. El mal estuvo en que las concepciones de muchos de estos filósofos hubieron de pasar por las horcas caudinas de los textos romanos, en más de una ocasión caprichosos y contradictorios; y hé aquí cómo el vuelo del pensamiento no ad-

quirió toda su grandeza. ¿A qué es debido esto sino, como antes decíamos, á la sugestión de Savigny, de la cual aún no estamos del todo redimidos?

Coincide con este desenvolvimiento de la literatura posesoria la iniciación y desarrollo de la tendencia codificadora. El primer Código que se publicó, el Código Napoleón, fué también el que trató la posesión más superficialmente, incluyéndola dentro del título de la prescripción y como formando parte integrante de la misma, á pesar de la oposición de Pothier, que reclamó un título particular para explanarla convenientemente.

Hoy la casi totalidad de las naciones europeas y americanas tienen su Derecho civil codificado, y los Códigos respectivos desarrollan el derecho de posesión, bien considerándolo como un verdadero derecho real, según sucede con los Códigos austriaco y servio y el cantonal de Berna, bien estudiándolo en título independiente, aunque sin declarar su naturaleza jurídica, como acontece con los Códigos de Italia, Portugal y España y los de Guatemala, Chile y Méjico, entre otros.

El tránsito de las doctrinas romanas, que más ó menos modificadas por las leyes patrimoniales, el derecho consuetudinario y la jurisprudencia, regían en casi todo el mundo civilizado, se ha verificado sin desnivel sensible, merced á que los Códigos modernos han conservado en lo esencial el concepto romano. De aquí el *corpus* y el *animus domini*.

Las diferencias consisten: 1.° En que mientras el Derecho romano sólo consideraba la posesión como un poder absoluto análogo á la propiedad, los Códigos modernos la refieren al dominio. 2.° En que el Derecho

romano únicamente reputaba susceptible de posesión la propiedad y los *jura in re*, y el Derecho moderno la extiende á todos los derechos. 3.° En que el Derecho romano sólo amparaba mediante los interdictos posesorios á la posesión jurídica, y mucha parte de los Códigos modernos, entre ellos el nuestro, protegen también la mera tenencia. 4.° En que algunos Códigos europeos han introducido, por lo que respecta á las cosas muebles, la equivalencia del hecho de la posesión al título, y el Derecho romano no conoció esta equivalencia.

Tales son las diferencias principales.

Vamos ahora, antes de cerrar esta rapidísima ojeada histórica, á recorrer nuestros antiguos Códigos y Compilaciones, á fin de conocer las leyes que han venido rigiendo la posesión.

El Fuero Juzgo, en tres títulos distintos, sienta principios que, sin constituir ni siquiera un tosco bosquejo de la doctrina posesoria, revelan que la tenencia de las cosas surtía el efecto, mediante el transcurso del tiempo, de crear un estado de dominio protegido por las declaraciones de la ley y por las sanciones penales que esta misma establecía.

El legislador visigodo encerró la prescripción en dos términos de treinta y cincuenta años.

El tít. III, libro cuarto, establece, en la ley 2.ª, cómo ha de contarse el tiempo de la prescripción con respecto á los huérfanos. En el tít. II del libro décimo, esarrolla ampliamente la materia concerniente á la cripción; así, no sólo encontramos leyes que, cual ª, dispone que las tierras de los godos y las de los anos si hasta cincuenta años no fuesen demandadas,

de allí adelante no podrían serlo, y la 4.ª en que se declara que *muchas veces la cosa que es de un ome gánala otro por la tener largo tiempo;* si no que observamos aún en medio de la imperfección y rudeza legislativas de aquellos tiempos descollar un principio tan equitativo como el contenido en la ley 7.ª, según la cual *todo ome de grand guisa ó de menor guisa ó si es siervo, si es preso en carcel ó si es echado fuera de la tierra*, si logra restituirse y trata de demandar algunas cosas que le pertenecen no se computa en su daño para el efecto de que un tercero prescriba en el plazo de veinte á cincuenta años, el tiempo que estuvo en prisión ó en el destierro.

No era posible exigir en los legisladores visigodos un sistema completo de protección posesoria, pero en el libro octavo, y bajo la fase penal, se encuentra un conjunto de sanciones que contribuyeron á llenar aquel vacío.

Un título consagró el Fuero Viejo de Castilla á legislar acerca de cómo se puede ganar ó perder el señorío de las cosas por tiempo, pero en rigor sólo es digna de ser mencionada la ley 9.ª, tít. IV, libro cuarto, que estableció la posesión por año y día.

Cuando el Fuero Real se escribió, el renacimiento del Derecho romano ya surtía sus efectos. Así es que fué tratada la prescripción con una claridad de pensamiento y una profundidad de doctrina, que ciertamente no eran sino la anticipación de lo que más tarde había de revelarse en la obra magistral de las siete Partidas.

Reconoció el Fuero Real la posesión de año y día; determinó contra quiénes no corre la prescripción; cómo puede ésta interrumpirse y cómo no se puede prescribir sin posesión.

Una ley del Estilo, la 242, confirmó la posesión de año y día consignada ya en las fueros Viejo y Real.

Llegamos con esto al Código de las Partidas, y en él ya encontramos el derecho de posesión desarrollado con perfecta independencia del derecho de propiedad. La posesión es definida en su sentido más general como ponimiento de pies, y en su concepto científico como tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento; definición notabilísima en la que armónicamente se combinan elementos materiales, elementos psicológicos y elementos jurídicos.

La posesión, en sus dos especies natural y civil, también se define con mucha exactitud. Los modos cómo se adquiere la posesión, bien por sí mismo ó por otra persona en su nombre; cómo la adquieren los menores y los incapacitados por su legítimo guardador; cómo la posesión sigue disfrutándose en el mismo concepto que se adquirió; cómo, finalmente, la posesión se pierde, y las diferentes maneras que hay de perderla; todos estos extremos los trata la obra magna del Rey Sabio con riguroso criterio científico en el tít. XXX de la Part. 3.ª En el tít. XXVIII hallamos caracterizados con notas precisas á los poseedores de buena y mala fe, y del mismo título se derivan las reglas que conciernen á la percepción de los frutos de la cosa poseída y al resarcimiento de las despensas ó mejoras. En el tít. II de la Partida 3.ª y leyes XXVI á la XXX inclusive, están establecidas las acciones posesorias. En el tít. X de la se encuentran las disposiciones prohibitivas de justicia privada, y en la misma ya citada Partida III en la XV del título XXX pueden nuestros lectores

estudiar un antecedente bien concreto del interdicto de obras ruinosas.

Poco nos resta ya que decir. Citaremos dos leyes de Toro: la 45, que estableció la posesión por ministerio de la ley, de los bienes amayorazgados, llamada por los prácticos posesión civilísima, y la 65, que más parece un juego de palabras innecesario que una ley hecha con la intención de despejar brumas. Pasaremos por alto la Nueva Recopilación, porque sus preceptos se sumaron con los de la Novísima; y con respecto á esta Compilación, únicamente mencionaremos el título VIII, libro undécimo, que trata de las prescripciones, y el tít. XXXIV del mismo libro, que bajo el enunciado de «Juicios de despojo y su restitución», bosqueja la doctrina de los interdictos, sentando el principio de que ninguno sea despojado de su posesión sin ser antes oído y vencido en juicio.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal y las leyes de Enjuiciamiento civil dictadas complementaron el derecho posesorio, ya por lo que respecta á la primera, aclarando la legislación de Partidas y supliendo sus deficiencias, ya por lo que á las segundas atañe, legislando sobre los interdictos y extendiendo sus beneficios á la mera tenencia de la cosa con tal que no fuese objeto de delito.

*
* *

Conocemos por la síntesis histórica que precede la marcha ondulante, digámoslo así, de la institución en el curso de los siglos: estudiémosla ahora rápidamente desde un punto de vista doctrinal.

Dos han sido los problemas que la materia posesoria ha planteado en la esfera científica. ¿Qué es la posesión? ¿Por qué la posesión se protege? En la vida jurídica la posesión se nos ofrece como un hecho complejo protegido por las leyes; acaso por la misma incertidumbre del origen y de la causa de esta protección los escritores han convergido sus especulaciones hacia este punto, sin ahondar tanto en el tema difícil que se enuncia con estas palabras: ¿qué es la posesión? Cuando decimos que poseemos una cosa, no tanto damos á entender que la tenemos, cuanto queremos con ello expresar que sobre dicha cosa ejercemos nuestro poder, ya este poder sea absoluto, ya relativo á ciertos y determinados actos. Este rudimentario concepto contiene, á nuestro juicio, los elementos integrantes de la posesión.

En el fondo de toda relación posesoria hay un elemento substancial común. Así es que cuando decimos simplemente posesión, significamos la subordinación actual de una cosa á nuestra voluntad, ó como otros autores han dicho, acaso con cierta impropiedad, la retención de una cosa. Bajo tal concepto, la posesión no es más que un estado de hecho que, ó subsiste por sí mismo ó representa en el orden del derecho la exterioridad natural de estados jurídicos perfectos. ¿Cuál es ese elemento substancial? Unos autores opinan que consiste en la tenencia, otros en la ocupación, otros en el goce, otros en la retención, conceptos todos los expresados que denotan conformidad en el pensamiento, pero disconformidad en las palabras. Nosotros vemos en el poder ese elemento cardinal, y si nos fuera lícita la frase, diríamos que radica en el egoísmo del poder, ó

sea en la relación inmediata de la persona con la cosa.

La terminología en el derecho es sin duda uno de los mayores obstáculos que hay que remover. Si posible fuera universalizar un tecnicismo mediante pactos internacionales, encontraríamos solución á muchas de las cuestiones que de luengos tiempos absorben la atención de los cultivadores del derecho.

Nosotros calificaríamos de tenencia el mero hecho de conservar la cosa bajo nuestro poder. Decimos poder, porque esta palabra no sólo denota la individualización de nuestra facultad y su predominio por la ausencia de toda contradicción, sino también porque del poder como acción emana el goce, la retención, etc., hallándose por tanto en la posición de causa á efecto. Además, el concepto poder admite un sentido inmaterial ó espiritualizado, mediante el cual la voz tenencia no se ciñe sólo á expresar la idea material de aprehensión. Mas ahora bien; admitido que bajo la palabra tenencia comprendamos el mero estado de hecho en que se resuelve externamente la relación de una persona con una cosa, digamos que este estado de hecho puede reconocer dos orígenes distintos: ó ser producto de una voluntad individual, ó traer su raíz de un estado jurídico.

Ejemplo de lo primero: el que encontrando un fundo abandonado penetra en él y lo labra cuidadosamente. Ejemplo de lo segundo: el acreedor pignoraticio, el usufructuario, el comodatario, etc.

¿De dónde proviene la tenencia del fundo del primero? De su voluntad libremente determinada. ¿De dónde deriva la de los segundos? De un estado jurídico

que, cual la prenda, el comodato, el usufructo, se resuelven primordialmente en la tenencia de una cosa.

En el curso del comentario respetaremos las doctrinas del Código y su tecnicismo, pero séanos lícito manifestar en este lugar que la opinión tan generalizada de que el usufructuario, v. gr., posee para el dueño, la consideramos propensa á graves errores, porque el usufructuario no es un poseedor del fundo que usufructúa, sino un mero tenedor del mismo. El dueño posee, como tal, sin que obste á su posesión la tenencia del usufructuario.

Reanudando el análisis, interrumpido por la advertencia que precede, diremos que la tenencia, en correlación con sus causas, puede dividirse en natural y jurídica. Cuando por la acción exclusiva de la voluntad queda una cosa sometida al poder de una persona, hay tenencia natural; cuando con la voluntad concurre el precepto legal, entonces podemos decir que existe tenencia jurídica.

En nuestro sentir, la tenencia se caracteriza por carecer de los requisitos que conducen á la usucación. El tenedor natural de un fundo de una heredad, no puede lograr el dominio en las circunstancias jurídicas normales. La prescripción extraordinaria no destruye el principio, porque el tiempo suple en la ausencia de toda contradicción, por parte de un tercero, los vicios iniciales. La mera tenencia natural por sí sola no conduce á finalidad jurídica ninguna. La excepción extraordinaria que hemos notado confirma nuestro criterio, por cuanto dá la medida de la regla general.

El usufructuario, el depositario, el anticresista, el que ejercita el *jus retentionis*, el comodatario, el

acreedor pignoraticio, el usuario, tenedores jurídicos, digámoslo así, tienen indiscutiblemente la propiedad de su derecho de usufructo, anticresis, comodato, retención, depósito, prenda ó uso, y como manifestación de dichos derechos, son poseedores jurídicos de los mismos, pero en buenos principios es impropio calificarlos de poseedores de las cosas sobre las cuales recaigan sus respectivos derechos. El ilustre Ihering, en su obra *La voluntad y la posesión*, distingue categóricamente entre tenencia y posesión. El Código civil de la República de Chile profesa un criterio análogo, y de ello es una prueba el art. 714, en el cual se expresa que se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar ó á nombre del dueño; y se añade, que el acreedor prendario, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación son menos tenedores de la cosa empeñada, secuestrada ó cuyo usufructo, uso ó habitación les pertenece, aplicándose la misma regla á todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

Si la posesión, en su sentido más complejo y merced á la confusión reinante en el campo facultativo, denota toda subordinación de las cosas á nuestra voluntad, una vez depurado el concepto y fundada la noción de la tenencia, hay que retraer la palabra posesión á su genuíno significado. El factor que distingue la tenencia de la posesión es puramente psicológico; no consiste en la intención, como pudiera creerse á simple vista: la intención es una decisión de la voluntad hacia un fin determinado; así es, que la intención puede existir sin la persuasión. El elemento espiritual que debe informar la posesión consiste en el

convencimiento del poseedor de ser dueño de la cosa poseída.

Se nos podrá argüir que al considerar la posesión como lo hacemos, remitimos el concepto posesorio al de la posesión llamada civil; pero replicaremos á esto que en el terreno de los principios, y con abstracción de todo sedimento legislativo, la posesión no debe concebirse sino como un dominio imperfecto que se reputa perfecto á virtud de una presunción *juris*, en tanto no se demuestre lo contrario. ¿Y será esto posible si el poseedor carece de la persuasión de que es dueño de la cosa poseída?

La posesión y la propiedad son como dos círculos concéntricos; la posesión puede llegar á confundirse con la propiedad sin perder su centro y sin la menor deformidad de la línea. Para nosotros, así como el factor ó elemento substancial que separa la posesión de la tenencia estriba en el convencimiento del poseedor de ser dueño de la cosa poseída, así también, desde el punto de vista de los efectos jurídicos, la nota diferencial consiste en que la posesión conduce al dominio y la tenencia no, ó en otros términos, en que el poseedor puede usucapir y el tenedor no, salvo el caso de prescripción extraordinaria.

Los casos de tenencia, bien sea ésta natural ó jurídica, se manifiestan en la vida del derecho con caracteres perceptibles desde luego; la posesión se muestra externamente identificada con el dominio. Siendo, como hemos dicho, la posesión, á nuestro juicio, un minio imperfecto, para que la imperfección resalte, menester que la contradicción se produzca. Si ésta existe, el tiempo se encargará de consolidar la im-

perfección, pero si la oposición se formula surgirá el estado posesorio que había permanecido oculto bajo la vestidura del dominio.

Y es que el derecho se nutre con la contradicción y la lucha; como que sin éstas no hubiera nacido seguramente la posesión.

Podrá objetarse que ni en la tenencia natural ni en la jurídica, ó por otorgamiento de derecho, ni en la posesión, en el sentido restrictivo en que únicamente la admitimos, tiene cabida la posesión en el concepto absoluto que dice la base oncena, ó sea emanada del dominio y unida á él. Es cierta la objeción, pero si la posesión hemos de concebirla como una institución separada del dominio, con jurisdicción privativa, digámoslo así, con realidad jurídica, es impropio calificar de posesión á la exterioridad natural del derecho real por excelencia, y de los demás *jura in re*.

Indáguese por los lexicógrafos, búsquese por los juristas, acéptese por todos una voz que denote esa exterioridad; destiérrese la confusión que todavía reina, llámese á cada manifestación jurídica por su nombre adecuado, y la materia posesoria perderá esa dificultad insuperable que á tantos espanta, para adquirir en su lugar placidez y facilidad.

Tantas instituciones del derecho han evolucionado, tantas han desaparecido, tantas han experimentado las modificaciones indicadas por las necesidades colectivas, tantas han sido alteradas en su substancia innecesariamente. Y es maravilla que estando el derecho en su organismo condicionado por el medio progresivo en que vive, no pueda la posesión emanciparse de la influencia romana, y que, por culpa de una im-

perfecta terminología, confundamos en un solo apelativo la tenencia, sea natural ó jurídica, con la posesión propiamente dicha y con la exterioridad natural del dominio y demás derechos susceptibles de una relación de propiedad.

Quisiéramos desarrollar convenientemente el criterio expuesto, que guarda cierta analogía con el profesado por Schaffrath; pero no siendo este un libro de filosofía del derecho y condensando los rasgos que hemos trazado, siquiera sea en incorrecto boceto nuestro pensamiento, terminamos aquí la excursión doctrinal.

Hemos dicho que el segundo problema que la materia posesoria ha planteado en la esfera científica se formula con estas palabras: ¿Por qué la ley protege la posesión? Pero antes de ocuparnos de este interesante extremo, no debemos olvidar que, entre los escritores, ha sido materia de polémica si la posesión es un hecho ó un derecho, y, dada esta última hipótesis, si es un derecho real.

La posesión, ¿es un hecho ó un derecho? Los jurisconsultos romanos anduvieron disconformes y vacilantes. Como hace notar con mucho tino el Marqués de Olivart, jamás se logrará poner de acuerdo y concordar la opinión de Paulo y la de Papiniano. No puede darse antinomia más perfecta. Paulo dice, *possessio est rei facti, non juris;* Papiniano afirma, *non est corporis sed juris.*

Los glosadores no estuvieron menos perplejos que los jurisconsultos romanos, y se justifica su perplejidad siendo el texto de los Códigos de Roma la materia de la glosa.

Retes y Manzano, profesores de la Universidad de

Salamanca en el siglo XVII, sostuvieron que la posesión es un hecho por su esencia y substancia. El ilustre Savigny sostiene que la posesión es al mismo tiempo un derecho y un hecho. No se negará, dice, que la posesión en sí misma, y según su naturaleza primitiva, no es más que un hecho; es igualmente indudable que produce ciertos efectos legales. La posesión, afirma en otro lugar del § 5.°, *es un hecho* en tanto que no se funda sino en una relación puramente de hecho (detentación); *es un derecho* cuando hay derechos combinados con la sola existencia de esta relación puramente de hecho.

En contraposición á los que afirman que la posesión es un hecho, opinan otros que esta última reviste un carácter esencialmente jurídico.

Por la opinión primera se han pronunciado Thibaut, Bruns, Winscheid, Zacharia, Mescheider, Vangerow, Randa, Pothier, Laurent, Troplong, Pacifici Manzoni, Ruggieri y otros.

Por la teoría contraria, Ihering, Gans, Hasse, Sthal, Hegel, Puchta, y los distinguidos escritores españoles Sánchez Román y Falcón.

Finalmente, han aceptado la solución mixta, patrocinada por Savigny, entre otros, Nippel, Rudorff y Huscke.

Nosotros pensamos que la posesión, propiamente dicha, es un verdadero derecho, así como la tenencia, aun la que se apoya en la ley, no pasa de ser un estado de hecho, que sirve de medio para la realización del derecho, al cual se subordina.

También han discurrido largamente los autores acerca de si la posesión es ó no un derecho real. Baldo,

dice Savigny, es el primero que adoptó cuatro especies de *jus in re*, la propiedad, la servidumbre, el derecho de prenda y el derecho de sucesión.

Alciato atribuyó á la posesión el carácter de *jus in re*, y han seguido su dictamen Grocio, Zeiller, Bachovio, Winscheid, Pothier, Marcadé, Demolombe, Sánchez Román, etc.

Rotundamente le niegan el aludido carácter Heinecio y Vinnio.

Savigny, refiriéndose á la posesión que genera los interdictos, dice que pertenece al derecho de obligaciones, en cuanto los interdictos posesorios se fundan sobre las obligaciones *ex maleficiis*, ó sea por causa de delito.

La opinión de Savigny es consecuencia lógica de su criterio en lo concerniente á la protección posesoria. Siguen á Savigny, Rudorff, Bruns y Troplong.

Molitor, reconociendo que la posesión no es un derecho personal por cuanto el interdicto solo se intenta contra el autor del hecho ó disturbio, concluye calificándola de derecho real personal.

Entre los autores que han preferido adoptar una actitud ecléctica, podemos enumerar á Pothier. Dice este autor: La posesión es más un hecho que un derecho en la cosa que se posee. Un usurpador tiene en verdad la posesión de la cosa de que se ha apoderado ilegítimamente, y, sin embargo, es llano que no tiene ningún derecho á dicha cosa. Pero aunque la posesión sea un hecho más que un derecho, nadie ignora que la esión confiere al poseedor ciertos derechos y accio- con relación á la cosa que posee. Estos derechos ultan de una presunción establecida en favor del

poseedor, en cuya virtud se le reputa propietario mientras su posesión no sea contradicha por quien justifique su legítimo dominio sobre la cosa.

El Marqués de Olivart opina que la posesión no es un derecho real ni personal, sino un estado de hecho, una posición, que puede corresponder á todos los derechos; mas afirma á renglón seguido, que el ejercicio de hecho de los derechos reales en la llamada posesión de las cosas, es un verdadero y perfecto derecho real.

La misma variedad de opiniones que acabamos de hacer notar, denuncia la dificultad del problema.

Los conocidos argumentos de Heinecio en contra de la tesis de que la posesión es un derecho real, han tenido refuerzo, y ya no sólo se opone que la posesión es un hecho que cesa en el momento en que aparece el dueño ó se nos arrebata la cosa sobre la cual recae la posesión, ya no sólo se utiliza el sofisma de que siendo los interdictos acciones personales no es posible que los genere un derecho de naturaleza real; se añade que de admitir la posesión como un derecho real, se incurre en la contradicción de reputar como tales derechos reales la posesión de las obligaciones y de los mismos derechos familiares ó de estado.

Las dos primeras objeciones han sido rechazadas con singular fortuna por el Sr. Sánchez Román, alegando que el dominio puede ser revocable, y nadie le niega su condición de derecho real, y que así también el dueño utiliza los interdictos. La tercera, fácilmente se refuta, porque lo mismo el dominio que la posesión pueden recaer sobre una cosa corpórea ó incorpórea. ¿Quién desconocerá el dominio de un crédito pura-

mente personal? Y solo por esto, ¿se negará la naturaleza real del dominio?

Nosotros vemos en la posesión propiamente dicha, ó sea en la que conduce á la usucapión, un verdadero derecho real.

Expongamos ahora las principales teorías que se han formulado para explicar el fundamento de la protección posesoria.

El ilustre Ihering expresa que nadie muestra curiosidad por saber por qué se protege la propiedad (1). ¿Por qué—añade—se agita esta duda respecto de la posesión? Porque la protección dispensada á la posesión tiene á primera vista algo de extraño y violento. En efecto, sigue diciendo, la protección de la posesión supone asimismo la protección del brigante y del ladrón; porque ¿cómo el derecho que condena el bandolerismo y el robo puede reconocer y proteger el fruto de la rapiña en la persona de sus autores? ¿No es esto aprobar y sostener de un lado lo que de otro se rechaza y persigue?

Estas palabras que hemos copiado de Ihering expresan, por virtud de un literario contraste, todo el interés del problema.

Así lo han entendido los cultivadores del derecho, y por eso en el torrente de la literatura posesoria ha surgido copiosa variedad de teorías encaminadas á explicar el fundamento de la protección, si bien mirando el asunto por diferente prisma. Al paso que unos se remiten al Derecho romano, otros buscan su inspira-

(1) *Etudes complementaires de l'esprit de Droit Romain.—Fondement des interdits possessoires.*—Versión francesa de O. de Meulenaire.

ción en la más pura filosofía del derecho. Sin embargo, hay que reconocer que, bajo uno ú otro aspecto, la generalidad se cierne en el terreno de los principios.

El hecho de la protección posesoria persiste á través de los siglos. En rigor, si pertinente es la pregunta de por qué ha sido protegida, no lo es menos la de que porque debe serlo. La primera, dice, relación á la historia; la segunda, á la filosofía; la indagación de ambas resuelve científicamente el problema.

Ihering, al dar cuenta de las teorías que se han ideado, adopta una clasificación en dos términos, es á saber: 1.° Teorías relativas. 2.° Teorías absolutas. Denomina relativas las primeras porque inquieren el fundamento de la protección, no en la posesión misma, si no en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños á ella. Califica de absolutas á las segundas porque estudian la posesión considerándola en sí y por sí misma.

Aceptando esta nomenclatura expondremos sumariamente las más principales, empezando por la teoría de Savigny. Este distinguido escritor estudia la posesión remitiéndola al Derecho romano, y no encuentra más que dos efectos que puedan atribuírsela considerada en sí misma, independiente de la propiedad, á saber: la usucapión y los interdictos.

La naturaleza de la posesión es para Savigny la de un simple hecho, sin otros derechos que los que le asignan los dos efectos jurídicos indicados.

No constituyendo la posesión por sí misma (§ 2.°, *pág. 7)* (1) un derecho, las alteraciones que experimente

(1) *Traité de la Possession.*—Versión francesa de Staedtler.

no son en rigor la violación de un derecho, no pueden serlo sino cuando á la vez que á la posesión se perjudica á otro derecho. Cuando las alteraciones de la posesión se hacen con violencia, constituyen la lesión de un derecho, porque toda violencia es contraria al mismo. De aquí que el interdicto se dirija á reponer esta ilegalidad.

Todos los interdictos posesorios tienen, pues, un punto común en cuanto presuponen un acto cuya forma sola es ilegal; por tanto, como los interdictos posesorios son producidos por actos injustos en su forma, se concibe cómo la posesión puede llegar á ser origen de derechos sin consideración hacia su propia legalidad.

El que tiene la posesión de una cosa puede exigir de todos que no ejerzan ninguna violencia contra él, pero si alguno contraviene esta prohibición y emplea la violencia, el poseedor halla protección en los interdictos.

La posesión es, por tanto, la condición de los interdictos.

He aquí los puntos cardinales de la teoria savigniana, tan combatida desde su enunciación, primero tímidamente por Gans y luego con verdadero rigor por Ihering, Randa y Bruns.

Al lado de la doctrina de Savigny y guardando íntimos puntos de contacto con la misma, podemos presentar la de Rudorff. La diferencia más ostensible consiste en que Rudorff coloca el fundamento de la protección no en la violencia individual, no en el delito privado, digámoslo así, sino en el quebrantamiento de la paz y del orden público. Estriba, pues, en la voluntad del legislador y en el propósito de impedir la justicia por propia mano.

Todos los argumentos que se dirigieron contra la teoría Savigniana cayeron por de contado sobre la que acabamos de exponer, y aun se dijo que haciendo estribar el fundamento de la protección posesoria en las leyes del Estado, como éstas son distintas en cada país, el principio de que se nutría la doctrina, quedaba despojado de todo valor filosófico por lo mismo que se introducía una notoria variedad.

Según ya hemos indicado, la crítica jurídica se desató contra la teoría de Savigny y, entre otros argumentos que, violentando nuestra voluntad, tenemos que omitir, porque carecemos de espacio para expresarlos, se ha dicho que si la posesión descansase en la idea de una violación del derecho cometida contra la persona, no podía razonarse por qué había de serle negada al que poseía *alieno nomine*, ni mucho menos se explicaba que, quien veía en la interdicción de la violencia individual ó privada el motivo de la protección posesoria, combatiese tan rudamente el *summarissimus* y *la actio spolii* remedio de los tiempos medioevales que, en cierto modo, realizaban el ideal de Savigny. También se ha aducido que concebida la posesión, como condición para los interdictos en virtud de una violencia contra la persona, carecía de base la proposición de que no puedan poseerse las cosas *extra comercium*, puesto que remitiéndose la pertinencia de los interdictos á la comisión de una injusticia personal, no había para qué tener en cuenta la calidad jurídica de las cosas. Se ha opuesto que con excepción del interdicto *unde vi* no puede reconocerse en ningún otro materia de delito, y que los interdictos posesorios serían inútiles si el Pretor hubiese querido crear con ellos tan solo una nueva especie

de acciones contra delitos. Finalmente, extremando la contradicción se ha negado que toda violencia sea siempre por sí misma injusta. Solo puede reconocerse este carácter de injusticia cuando lesiona un derecho. En una simple posesión de hecho ni hay delito ni existe derecho ninguno á pedir restitución ni reparación de las consecuencias.

Otra teoría muy conocida y popularizada es la de Thibaut.

Parte dicho ilustre escritor del principio de que la posesión es el ejercicio del derecho como un modo especial del estado de hecho.

Nadie, dice, puede vencer á otro jurídicamente si no ostenta motivos preponderantes en que fundar su derecho. Así, pues, un estado de hecho adquiere la más alta importancia y prevalece en tanto no haya otro que demuestre un derecho mejor.

En rigor, la tesis de Thibaut es profunda y muy digna de ser meditada, tanto, que no habrá quien deje de ver en ella el germen de la teoría del *plus juris* de Bruns.

Thibaut supone, pues, un estado de hecho que prevalece y encarna en el ejercicio de un derecho. Cuando la colisión se produce, se sobrepone la superioridad del más eminente. En la defensa de este derecho radica, por tanto, la defensa de la posesión.

La invasión del hecho en el terreno del derecho y la nebulosidad de estos conceptos, separados mediante la abstracción y sutilidad de la filosofía germánica, son los principales enemigos de la opinión expuesta, aparte de que, como dice muy bien Ihering, si la posesión es simplemente un estado de hecho, ¿por qué es preciso un derecho preeminente para hacerla cesar?

La perseverancia y continuidad, por decirlo así, del estado de hecho en la tesis de Thibaut, están mantenidas por la ausencia de toda contradicción y por la necesidad de una presunción. En este último elemento está el entronque de la teoría de Thibaut con la de otro filósofo no menos notable, Röeder, á quien en parte ha seguido el profundo Azcárate.

Röeder ve el fundamento de la protección posesoria con todos sus beneficios en el derecho primario de la personalidad que obliga á reputar intachable la conducta de todo poseedor, mientras no se pruebe lo contrario.

La piedra angular del sistema de Röeder, es aquella máxima de *Quilibet presumitus, bonus donec probetur contrarium*. Descansa, por lo tanto, sobre una presunción. A esto opone Ihering, que si la persona es intachable, el tenedor no lo es menos que el poseedor jurídico, y el no poseedor que el poseedor, pero advierte que, su crítica, parte del supuesto de que Röeder toma por base de su teoría la noción corriente ó romana de la posesión.

A contar de la glosa de Accursio admitiendo la *exceptio dómini*, en el proceso interdictal, surgió en los dominios de la ciencia la teoría cuya base principal consiste en justificar la posesión por una propiedad presunta.

De aquí que los autores que adoptan este criterio, vean en la posesión un derecho en la cosa.

Thadem, por ejemplo, profesa la creencia de que la posesión es un derecho, porque un robo sólo puede efectuarse contra el que realmente tiene derecho á la cosa robada. Existe, por tanto, un *furtum posessionis*, que

puede cometerse del mismo modo contra el que legítimamente posee. De aquí deduce que la posesión propia de los interdictos tiene por raíz el derecho hollado. Se trata de un derecho en la cosa, cuyo fin es defender una adquisición de propiedad que está formándose, y que como conduce á la usucapión, está amparada por la acción publiciana. Pero hay otras adquisiciones posesorias, como la *longi temporis præscriptio*, la *præscriptio longisimi temporis acquisitiva*, la inmemorial y la *longisimi temporis extinctiva*, que carecerían de toda protección, y de ahí que habiéndose encontrado para éstas los interdictos posesorios, guarden entre sí tan estrecha analogía la posesión propia de los interdictos y la que conduce á la usucapión.

Entre las teorías calificadas por Ihering de absolutas figura, en primer término, y es la más seguida, después de la concerniente á la presunción de propiedad, la teoría de la voluntad.

En toda posesión intervienen dos elementos: uno físico y otro moral, ó sea la voluntad. El primero no aporta fundamento ninguno para una protección jurídica, pero no sucede lo mismo con el segundo.

La voluntad que se realiza en la posesión, aun cuando no constituya ningún derecho y exista puramente de hecho, acaso en abierta contradicción con todo derecho, debe, no obstante, ser protegida en mérito á su naturaleza general. La voluntad es una esencia absolutamente libre. Randa lo dice: la voluntad en sí es irreprochable, y toda arbitrariedad es siempre injusta.

La coacción y la violencia ejercitadas contra la voluntad son, pues, en general, y sin consideración á su

legalidad peculiar, injusticias contra las cuales debe ser protegida la voluntad. Cuando lo voluntad se coloca en oposición inmediata con la voluntad universal ó el derecho, se nos ofrece como voluntad injusta, contra la cual es lícita la coacción y la violencia. La posesión, pues, no es un derecho como la propiedad, las obligaciones; la posesión es un hecho, y este hecho es protegido contra la violencia, porque es la manifestación positiva de la voluntad y en consideración á los derechos de esta última. La personalidad y la libertad de los hombres son, pues, ante todo, las que reciben en la protección posesoria una plena consagración jurídica.

Hemos trasladado literalmente las palabras del ilustre Ihering, porque reflejan con extraordinaria exactitud los puntos cardinales de la teoría de la voluntad.

Ni dispondremos de lugar, ni armonizaría con el carácter de este preliminar al estudio exegético de las doctrinas posesorias en nuestro Código, una crítica de la teoría que acabamos de exponer. Ihering la analiza desde un punto de vista meramente romano, y le merece acerba censura. Considerada en principios, requiere hondas meditaciones. La voluntad sin un contenido jurídico, no manda tanta fuerza que de por sí determine una protección. Acaso por esto Bruns amplía su pensamiento en la que pudiéramos llamar teoría del *plus juris*, de la cual vamos á dar una ligera idea.

El poseedor justo como el injusto tienen derecho á la misma protección; la de este último la ley la quiere de un modo inevitable.

La protección se basa en un *plus juris*.

En la adquisición de la propiedad concurren dos elementos: la toma de posesión y el título. De aquí que el hombre pueda encontrarse con respecto á la cosa en tres relaciones distintas. Simple posesión; posesión titulada; propiedad.

Esta última es una relación absoluta; las dos primeras son relativas. Por eso el poseedor tiene más derecho que el mero poseedor, y á todos supera el del propietario.

Resumiendo concluye: que la protección posesoria se muestra como una consecuencia de la regla *in pari causa potior possessor*, y se apoya en la consideración de que el hombre, por el mero hecho de su libertad, está autorizado para dominar la cosa, y que su voluntad de dominar, realizada por la toma de posesión, le da una efectiva preferencia (señorío) sobre la cosa.

Dimos principio á esta enumeración de las teorías de la protección posesoria con la del ilustre Savigny. Vamos á cerrarla con la de su más acérrimo contradictor Ihering.

Uno y otro han sostenido sus doctrinas con profunda convicción; uno y otro han sido acerbamente criticados; pero es lo cierto que Savigny y Ihering son los polos, por decirlo así, positivo y negativo de la abundante literatura posesoria.

Reconoce Ihering que la idea de colocar la posesión en relación con la propiedad no es nueva. Ya hemos tenido ocasión de observar esto mismo en el estudio previo que venimos haciendo.

Ihering condensa toda su teoría en la proposición iguiente:

La protección de la posesión como exterioridad de

la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad; una facilitación de la prueba en beneficio del propietario, la cual necesariamente aprovecha también al no propietario.

Apoyándose en textos romanos afirma, que si el derecho de Roma concede al propietario la *conditio furtiva* y la *actio legis aquiliæ* le facilita la prueba, contentándose con la demostración del simple estado de hecho, exterioridad de la propiedad, es decir, con la posesión.

La facilidad de la prueba otorgada al propietario aprovecha también para la posesión; pero el peligro de que el defensor pueda debilitar la prueba del demandante atribuyéndose la propiedad, no existe en las acciones posesorias. La exclusión, en principio de la cuestión de propiedad, imprime á la posesión su caracter particular. La posesión, es pues, un reducto avanzado de la propiedad.

En la posesión, sigue diciendo Ihering, con esa galanura de lenguaje exclusivamente suya, no se libra una batalla decisiva por la propiedad, sino una sencilla escaramuza, un combate en las avanzadas para el cual no se necesita la artillería gruesa, porque es suficiente el arma blanca.

La protección posesoria ha sido introducida teniendo en cuenta la propiedad. Mas es imposible conceder esta protección al propietario, sin que los no propietarios gocen de sus beneficios. Si la prueba realmente necesaria de la propiedad se ciñe á la demostración de su exterioridad, esta facilidad recae en ventaja de todo individuo que esté en condiciones de prevalerse personalmente de este elemento.

La posesión adquiere de esta manera, *vis á vis* de la

propiedad, una independencia tal que, lejos de servir exclusivamente á la propiedad, puede también volverse contra ella. El mismo servicio que la posesión presta al propietario que posee, de protegerle sin dificultades contra los ataques de extraños, lo presta al no propietario que posee, y de la misma manera al propietario que no posee.

En la inteligencia exacta de esta relación está, á juicio de Ihering, el *puntum saliens* de la doctrina posesoria, cuya síntesis se resume para dicho autor en la siguiente proposición: «Llamar á la posesión de las cosas la exterioridad ó visibilidad de la propiedad, es resumir en una frase toda la teoría de la posesión.»

Otros muchos autores han consagrado sus estudios á estas doctrinas brumosas que atraen con la seducción del misterio.

Pfeiffer, Hedemann, Koeppe, Brinz, Puchta Tigers, troem, Bethmann Hollweg, Schaffrath, Zielonacki-Sthal. Todos los criterios han tenido sus partidarios, incluso los más originales. Así, al paso que Cimbali atribuye á la posesión un fin económico, Mendthal cree que el fin de la protección posesoria es estimular la lucha constante por la tierra, protegiendo el trabajo y formando así una verdadera selección de propietarios.

Pasemos ahora, para terminar, una rápida ojeada por el Código que es objeto de nuestro estudio.

*
* *

El tít. V del libro segundo es el destinado á la explanación de la materia posesoria. Desarrollada la propiedad en general y los derechos que de la misma se derivan; estudiada asimismo la comunidad de bienes,

que no es más que un estado particular de la propiedad, y hechas las debidas referencias á algunas propiedades, que como la de aguas, minas é intelectual, se desenvuelven en leyes especiales, entra el Código á tratar de la posesión.

Si, según el art. 437, sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos susceptibles de una relación de propiedad, hay que reconocer que el legislador español ha procedido con acierto sumo, eligiendo para tratar de la Posesión el título que inmediatamente sigue al de la Propiedad. Las reglas de un severo plan así lo exigían, y la base oncena, á pesar de sus graves defectos, así lo dejaba traslucir. El Código español, pese á sus aficiones eclécticas y á la nebulosidad y doctrina entreverada que en el tít. V del libro segundo se descubre, inclínase con preferencia visible hacia el lado donde forman las teorías que fundamentan la posesión en las iniciaciones de la propiedad, calificándola de propiedad que comienza, de reducto avanzado, de propiedad presunta, etc.

Dadas estas estrechas relaciones entre la propiedad y la posesión, en cuanto ambas tienen el mismo centro y análoga apariencia natural, si bien consideradas como instituciones jurídicas, las concibamos con independencia, la subordinación á estas ideas requería indispensablemente aceptar en punto al plan la regla de conducta seguida por nuestro Código.

No todos los Códigos han procedido del mismo modo. Ya hemos tenido ocasión de observar que el Código Napoleón, á pesar de las protestas de Pothier, se ocupa de la posesión con un carácter secundario, reputándola como un medio, como un elemento necesario de

la usucapión y consagrándole un capítulo dentro del título destinado á desarrollar la doctrina de la prescripción positiva.

Reconozcamos, sin embargo, que el Derecho francés constituye la excepción y que la casi totalidad de los Códigos civiles europeos y americanos, inspirándose en idéntico pensamiento al del legislador patrio, estudian la posesión á continuación de la propiedad. Sirvan de ejemplo los de Italia y Méjico.

Prescinde nuestro Código de definir la posesión, pero determina con claridad la noción de las dos especies posesorias que admite, á saber: la natural y la civil, haciéndolas extensivas á las cosas corporales y á las incorporales.

En este particular el disentimiento de los Códigos extranjeros es más visible, porque todos ellos han arrostrado el peligro de definir.

La define el Código austriaco diciendo que es tenencia de un objeto cualquiera con la voluntad de retenerlo ó conservarlo; el Código lusitano, la retención ó el disfrute de cualquier cosa ó derecho; el italiano, detención de una cosa ajena ó el disfrute de un derecho que ejercitamos por nosotros mismos ó por medio de un tercero, etc.

Declara también el Codigo patrio que la posesión se adquiere ó por la ocupación material (aprehensión), ó por el hecho de quedar subordinadas las cosas á nuestra voluntad, concepto amplísimo y que demuestra la influencia del elemento espiritual en la relación posesoria.

Aceptando doctrinas que desde el derecho nuevo de Roma á nuestros días se han seguido sin contradicción, dispone el Código que la posesión se ejerza, ó por la

misma persona que la va á disfrutar, ó por otra en su nombre, y claro es que si la posesión es susceptible de ser ejercida de dichas dos maneras, es porque podemos adquirirla bien por nosotros mismos ó por nuestros representantes legales.

Respecto de las cosas objeto de posesión, el Código proclama el principio de que únicamente pueden serlo las susceptibles de apropiación. No es muy concreta la proposición legal, y fuera para ello preciso que el Código especificase en su oportuno lugar, según lo hace el Código portugués, qué se entiende por apropiación y cuál es su jurídico contenido.

En punto á los medios protectores de la relación posesoria, el Código alcanza una perfección acreedora de todo linaje de alabanzas.

No es sólo la protección ofensiva, digámoslo así con Ihering, de las acciones posesorias sancionada en el artículo 446 (1), el legislador desarrolla un sistema completo de presunciones defensivas, basadas en la más pura teoría, según comprobaremos en el curso de los Comentarios.

Adoptando una clasificación, diremos que las presunciones defensivas de que nos ocupamos pueden dividirse en presunciones integrales y complementarias, y las primeras subdividirse á su vez en presunciones relativas á la posesión en la totalidad de sus estados y conceptos, y presunciones concernientes á un determinado estado ó concepto posesorio.

---

(1) Todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su propiedad, y si fuera inquietado en ella deberá ser amparado ó restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

Son presunciones integrales y pertenecen al primer grupo de la subdivisión: *a*), la presunción perenne de la buena fe, salvo la prueba en contrario (art. 434); *b*), la de la continuidad de la buena fe inicial, salvo la demostración de la *mala fides superveniens* (art. 435); *c*), la de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras otra cosa no se demuestre (art. 436); *d*), la de que la posesión de la cosa mueble no se entienda perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque ignore accidentalmente su paradero (art. 461).

Corresponde al segundo grupo, la presunción de que el poseedor *en concepto de dueño* posee con justo título (art. 448).

Son presunciones complementarias: 1.ª, la establecida á favor del poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, por cuanto se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio; 2.ª, la consignada á favor del que recupere, conforme á derecho, la posesión indebidamente perdida, toda vez que se entiende disfrutada sin interrupción para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio.

Los efectos que la posesión, considerada con independencia del dominio, produce, exigen la apreciación de la buena ó mala fe en el poseedor; porque es inconcuso que no ha de nivelarse con el mismo rasero una recta dirección de la conciencia, que un apartamiento meditado de la moral.

Por esto nuestro Código diseña en el art. 433 las ...tas típicas de la buena y mala fe, y en consonancia ...n esta racional diferenciación, desarrolla la doctrina ...a la percepción de frutos y resarcimiento de mejoras.

El criterio que se ha seguido, si inspirado en su mayor parte en el derecho patrimonial de Castilla, ofrece algunas desviaciones, más merecedoras de la censura que del elogio. Así lo demostraremos en su oportuno lugar, recogiendo la afirmación que ahora sentamos.

Finalmente, el Código señala los modos por los cuales pierde el poseedor su posesión, mencionando: 1.°, el abandono de la cosa; 2.°, la cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuíto; 3.°, la destrucción ó pérdida total de la cosa, ó quedar ésta fuera del comercio, y 4.°, la posesión de otro aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.

Algunos otros modos de pérdida expresaremos en su lugar, si virtualmente comprendidos, con alguna tensión en los enunciados por el art. 460, no por esto menos dignos de formar categoría aparte al mismo nivel de los ya dichos.

No ha olvidado el Código referirse á la posesión de los animales fieros, singularísima por la índole especial del objeto sobre que recae. Muchos Códigos prescinden de esta posesión *sui generis* y se concretan á legislar acerca de la ocupación de los animales salvajes y de los domesticados, cuando recuperan su primitiva condición; pero, á nuestro juicio, el Código patrio, menos inconstante que en otras ocasiones, ve en la posesión de las bestias bravas la exterioridad de esa propiedad fugaz y transitoria que sólo persiste el tiempo que la tendencia natural del animal está refrenada por el cautiverio.

De propósito hemos dejado para lo último la equivalencia del hecho de la posesión al título que con res-

pecto á las cosas muebles establece el Código en el artículo 464.

No queremos anticipar ideas; pero séanos permitido decir que este principio, literalmente copiado del Derecho francés, con olvido de las tradiciones patria y romana, no solamente contiene todos los defectos de una copia impremeditada, sino que en materia de suyo espinosa, como la relativa á la posesión de los bienes muebles, traslada al campo polémico de nuestro Derecho todas las discordancias surgidas en el país vecino entre intérpretes y comentadores, entre empíricos y filósofos, entre los Tribunales y, por ende, entre su propia jurisprudencia.

¿Se ha querido implantar un progreso? ¿Se ha pretendido aplicar, en las relaciones puramente civiles y por lo que afecta á las cosas muebles, los principios jurídicos de los títulos al portador? Si es así, ¿por qué se contradice este anhelo legislando en dirección opuesta? ¿Por qué se trasplanta, sin medio ambiente favorable, sin terreno debidamente dispuesto? ¿Por qué se copia de aquí y de acullá sin sometimiento á una norma fija y atento sólo á la impresión más ó menos intensa de lo que, pareciendo y siendo bueno en una legislación, no lo es en otra distinta? El legislador, antes de trasladar el artículo, debió por lo menos observar que en Francia su interpretación ha generado polémicas muy justificadas, sentencias contradictorias, y si su doctrina le pareció aceptable, cosa que dudamos mucho, debió poner especial cuidado en evitar contradicciones, que no parece sino que el espíritu de las antinomias jurídicas se ha refugiado en nuestro Código.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA POSESIÓN Y SUS ESPECIES

Escribiendo con propiedad, no debieron los redactores del Código civil titular el capítulo cuyo estudio vamos á emprender con las palabras que encabezan esta introducción. Su enunciado supone necesariamente dos conceptos, á saber: primero, el de posesión; segundo, el de sus especies. ¿Desarrolla el capítulo ambos conceptos? No. Luego he ahí una incorrección que ha debido evitarse.

Algún Código, como por ejemplo el chileno, trata bajo un solo apartado de la posesión y de sus diferentes calidades; pero cuida escrupulosamente de presentar en primer término la noción posesoria, clasificando luego la posesión en regular, irregular, violenta y clandestina, según proceda de justo título y haya sido adquirida de buena fe, ó á la inversa, se logre mediante el empleo de la fuerza, ocultándola á los que tienen derecho para oponerse á ella.

Más cautos y cuidadosos que nuestro Código, la casi totalidad de los Códigos extranjeros, así europeos como americanos, comienzan por definir la posesión y evitan el riesgo de caer en incongruencias é impropiedades, abarcando la diversidad de fases en que la relación posesoria se muestra en la vida del derecho, bajo un enunciado tan amplio como éste: «De la posesión.»

Ya hemos dicho en otro lugar de nuestros comentarios, que las cuestiones de plan, en cuanto se entrela-

zan y confunden con las de método en la investigación científica y en la exposición de las doctrinas, no son de tan poca monta que no merezcan por parte de los legisladores alguna más atención de la que generalmente se les concede. Y ya que el legislador español, apartándose de la sencillísima práctica seguida por los Códigos, según dejamos anotado, se decidió á sistematizar la vasta doctrina posesoria, significando su buen deseo, debió procurar algún mayor cuidado para que, en el primer término de la clasificación, no se ofreciese con tanto relieve la inconcordancia entre el enunciado y su contenido.

Si toda definición es peligrosa en derecho civil, según dice Javoleno, con exquisito sentido práctico (libro 50 del Dig.), no envuelve menos peligro la selección de un buen sistema expositivo, de un plan rigorosamente científico.

No llevaremos la crítica hasta los extremos de la exigencia; pero ciertamente no se nos podrá tachar de rigoristas si censuramos que bajo el enunciado *De la posesión y sus especies*, se trate únicamente de estas últimas y que se incluya como efecto de la posesión, y en un capítulo así denominado, los diversos casos en que la posesión se reputa perdida.

Si los autores del Código esquivaban el riesgo de formular una noción del concepto posesorio, conducta después de todo que nada tiene de reprensible, porque como dice Benito Gutiérrez, hay gran parte de honra en declararse vencido por una materia difícil, el primer término de la clasificación después del enunciado general del título debió ser éste: *De las diversas clases de posesión*. Para segundo término muy bien pudo admitirse

este otro: *De la adquisición y pérdida de la posesión;* y, para tercero, el que el Código denomina con estas palabras: *De los efectos de la posesión.* Que dentro de cada uno de estos tres grupos divisorios caben subdivisiones, ¿quién lo duda?; pero asimismo es innegable que deben quedar englobadas dentro de los capítulos, mostrándose externamente, no por denominaciones concretas, sino en el desarrollo del orden expositivo adoptado por el legislador. Así, por ejemplo, cuanto concierne á la percepción de los frutos, á la indemnización de los gastos y mejoras, es susceptible de formar grupo separado bajo el rotulado común de uno de los capítulos. Pero los lectores reconocerán que, si la propiedad rigorosa en las enunciaciones concretas del contenido de los capítulos, es cualidad que denota la estructura científica de un Código, no amengua en nada su valor la falta de dichas subdivisiones, más propias, seguramente, de una obra dogmática é informada por un espíritu sistematizador puro que de un Código civil.

¿Cuáles son las diversas clases ó especies de posesión que el vigente Código admite? Rigorosamente hablando sólo dos, á saber: posesión natural y civil.

Podrá argüirse que del art. 433 se derivan otras dos especies de posesión: de buena y mala fe, pero en puridad éstas no son especies de posesión distintas de las definidas en el art. 430, sino modalidades ó aspectos de las mismas.

Diversas clasificaciones de la posesión se han expuesto por los tratadistas en sus libros; la mayor parte de ellas, como hace notar el Sr. Sánchez Román, son hijas de la sutileza de los escritores.

Así, por ejemplo, se ha denominado *posesión civili-*

sima, adoptando la nomenclatura de Baldo, á la que por ministerio de la ley 14 de Toro, 1.ª, tít. XXIV del libro undécimo de la Novísima Recopilación, se confería al sucesor del mayorazgo sin ningún acto de aprehensión, y á contar de la muerte del causante de las villas ó fortalezas y demás bienes amayorazgados, cualquiera que fuese su calidad, aunque otro hubiese tomado posesión de ellos ó se la hubiese dado al mismo tenedor del mayorazgo. Se ha calificado de *posesión actual* la que va acompañada del goce real y efectivo de una cosa con la percepción de sus frutos; posesión *imaginaria* la que tiene lugar por ficción del derecho, cuando otro posee á nombre nuestro; *posesión pretoria* la otorgada al acreedor en la finca de su deudor para que se haga pago con sus frutos; *posesión clandestina* la que se disfruta ocultándola á los que tienen derecho á oponerse; *posesión violenta* si se logra mediante la fuerza; *posesión pacífica* la que se adquiere y conserva sin violencia; *posesión continua* la que no ha sido interrumpida durante el tiempo necesario para prescribir; *posesión alternativa* la que después de interrumpida se vuelve á recobrar; *posesión inmemorial* aquella cuya adquisición data de antiguo y no se puede precisar exactamente; *posesión judicial* la que se confiere por el Juzgado á requerimiento de parte en aquellos casos en que no procede el interdicto de adquirir; *posesión proindiviso* la que tienen varias personas en una cosa común; *possessio ad interdicta* (1) la tenencia de una cosa por cualquier título ó sin él, con tal que no sea en virtud de un hecho que constituya delito, puesto que es suficiente dicha

(1) Ahrens.

tenencia para producir el beneficio de los interdictos de retener y recobrar; *possessio ad usucapionem* la que es bastante para adquirir por prescripción.

Las distinciones, como nuestros lectores observarán, son numerosísimas; la mayor parte de las que se han formulado, carecen de solidez y de utilidad.

El Código civil, recordando el conocido aforismo de *simplicitas legibus amica*, solamente acepta, como ya hemos hecho notar, la división clásica de la posesión en natural y civil, según se trate de la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho simplemente, ó de esa misma tenencia ó disfrute cuando concurra el *animus sibi habendi*.

Trata á continuación de la posesión ejercida por una persona á nombre de otra. Establece luego el principio abstracto de que la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: ó en el de dueño ó en el de tenedor de la cosa para conservarla ó disfrutarla, perteneciendo el dominio á otra persona, y después de distinguir entre el poseedor de buena y mala fe, fijando los caracteres que le son propios, entra de lleno en el campo de las presunciones defensivas de la posesión, admitiendo la presunción de la buena fe como estado de hecho, la de esta misma buena fe con relación al título ó modo adquisitivo, y finalmente, la de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto que se adquirió.

La nota típica de nuestro Código, en cuanto concierne á la doctrina de las que hemos denominado presunciones defensivas, consiste en subordinarlas todas á la resultancia final de una prueba realizada de contrario.

Termina el capítulo declarando que sólo las cosas

y derechos susceptibles de apropiación pueden constituir el contenido de la relación posesoria.

Estudiemos ya las materias que quedan someramente bosquejadas por el mismo orden en que el Código las expone.

ART. 430. Posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de háber la cosa ó derechos como suyos.

Concordancias.—Análogo al art. 425 del proyecto de Código de 1851 y al 435 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 3.ª, *tit. XXX*, *ley* 1.ª—Possession tanto quiere dezir, como ponimiento de pies. E segun dixeron los sabios antiguos, possession es, tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento. Ca las cosas que non son corporales, assi como las seruidumbres que han las vnas heredades en las otras, e los derechos por que demanda vn ome sus debdas, e las otras cosas que non son corporales semejantes destas, propriamente non se pueden posseer, nin tener corporalmente; mas vsando dellas aquel a quien pertenece el vso, e consintiendolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de possession.

Partida 3.ª, *tit. XXX*, *ley* 2.ª—Ciertamente dos maneras y ha de possession. La vna es natural, e la otra es por otorgamiento de derecho, a que llaman en latin ciuil. E la natural es, quando ome tiene la cosa, por si mismo corporalmente, assi como casa, o su castillo, o su heredad, o otra cosa semejante estando en ella. E la otra que llaman ciuil es, quando algund ome sale de casa, de que el es tenedor, o de heredad, o de castillo, o de otra cosa semejante, non con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede ome siempre estar en ella. Ca estonce, maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente, serlo ha en la voluntad,

e en el entendimiento, e valdra tanto, como si estuuisse en ella por si mismo.

COMENTARIO.—1.° *Consideraciones críticas acerca de la base onceena.*—El autor de la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 propuso á la Comisión de Códigos y á su Sección de Derecho civil el siguiente problema: «La posesión se definirá en sus dos conceptos, absoluto ó emanado del dominio y unido á él y limitado y nacido de una tenencia de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio.»

Según el autor de la ley de Bases, la posesión admite dos conceptos: uno absoluto, otro limitado; el primero emana del dominio y se une á él; el segundo procede de una tenencia, y esta tenencia (hecho consumado) genera (puesto que de la tenencia se deducen) otros hechos independientes y separados del dominio.

Si en su concepto absoluto la posesión emana del dominio y se une á él, la consecuencia lógica es la de que en tal concepto no podemos concebir la posesión separada del dominio. El dominio se supone ya existente, puesto que de él ha de emanar la posesión.

Así, pues, la posesión no es más que la exteriorización del dominio, la forma en que encarna, el hecho que nos lo demuestra.

Ahora, nosotros preguntamos: ¿Qué importancia puede tener la definición de este concepto, su desarrollo, etc., dentro de un Código? Ahrens dice en su *Enciclopedia jurídica:*

«Cuando la posesión es y aparece como una emanación y elemento constitutivo del derecho pleno y total, v. gr., el propietario, el dueño de una servidumbre, el acreedor pignoraticio carece de toda importancia particular en la teoría de la posesión propiamente dicha.»

En un tratado de filosofía del derecho la explanación del concepto posesorio pleno y total es de importancia indiscutible. En los libros donde en severas reglas se condensa el derecho positivo, carece de toda influencia.

La prueba nos la brindan los Códigos extranjeros, á ninguno de los cuales se le ha ocurrido definir la posesión en su concepto absoluto.

Aparte de que si absoluto es el concepto de la posesión considerada como el estado aparente de la relación dominical, absoluto es también el concepto de dicha posesión apreciada como la

tenencia de una cosa ó el goce de un derecho con ánimo de haberlos para sí.

A las legislaciones impórtales mucho desenvolver el concepto posesorio, no como una mera forma ó exteriorización de la propiedad, porque este desenvolvimiento de una abstracción sin realidad positiva á nada conduce, sino como institución jurídica, que nos muestra un estado exteriormente semejante al dominio, pero separado é independiente de él. La posesión, como emanación de un dominio ya existente, no produce efectos por sí propia, sino por la eficacia del derecho de propiedad que revela. La posesión como institución similar del dominio, prodúcelos por sí misma, v. gr., la usucapión, los interdictos, la apropiación de los frutos, etc.

La posesión bajo el primer aspecto es, digámoslo así, una posesión estática; la posesión, considerada bajo la segunda fase, es una posesión dinamica. Permanece la primera en el equilibrio ya logrado por la perfección del dominio. La segunda se caracteriza por el movimiento en que se halla, determinándose hacia la unidad ó sea á la consecución del dominio. La mera tenencia de los que retienen la cosa en la calidad de administradores, arrendatarios, comodatarios, no ataca al dominio, puesto que la posesión de estos últimos, si así puede denominarse, no es más que un reflejo de la posesión del dueño.

Solamente bajo esta fase relativa podría sostenerse la pertinencia del concepto absoluto de que nos habla la base oncena, y aun así sería preciso apartarse de la significación literal de las voces empleadas y presuponer que el encargo que el autor de la ley de Bases encomendó á la Comisión de Códigos diciendo *la posesión se definirá*, tanto quiere decir como *la posesión se desenvolverá, se desarrollará*, etc.

Pero detengámonos algunos momentos en el segundo de los conceptos á que se refiere la base aludida, ó sea al limitado y nacido de una tenencia de la que se deducen hechos separados é independientes del dominio.

Puesto que la posesión natural y la civil se enlazan, según las definiciones que de las mismas contiene el art. 430, por virtud de carácter esencial y común, es á saber, el de la tenencia de la osa ó disfrute del derecho, diferenciándose solamente en el elemento moral, ó sea la intención de haber la cosa ó derecho como

propio, debemos convenir desde luego en que, dentro de ese concepto relativo ó limitado al que venimos refiriéndonos, se encuentran englobadas las dos especies de posesión que el Código reconoce.

La tenencia por sí es un hecho; pero de este simple hecho que constituye la tenencia, ¿es factible que se deduzcan otros hechos y que éstos sean independientes y separados del dominio? Si á los efectos jurídicos de la relación posesoria los consideramos traducidos en actos y manifestándose en la vida del derecho, desde luego puede afirmarse con el autor de la ley de Bases que de la tenencia se deducen hechos que se mantienen con separación é independencia del dominio; pero si prescindimos de esta apreciación tan vaga, entonces tenemos que reconocer que el aludido autor redactó incorrectamente la base, comunicándole cierto sabor de enigma un tanto alambicado.

Hemos dicho que la tenencia por sí es un hecho. Ahora bien; todo hecho, en cuanto se eleva á la categoría de jurídico por virtud del reconocimiento y protección de la ley, no produce inmediatamente otros hechos, sino derechos; ó en otros términos, efectos, que á su vez pueden convertirse en hechos mediando la voluntad del sujeto y su realización por los actos. Esto nos demuestra que el concepto limitado de la posesión á que alude la base oncena no es absolutamente cierto, porque *esos hechos separados é independientes del dominio* no se deducen de un modo inmediato del estado, también de hecho, que la ley denomina tenencia, sino de la sanción legal del hecho originario en cuanto el sujeto jurídico se determine conscientemente á determinarlos y producirlos.

El hecho jurídico del préstamo mutuo, por ejemplo, genera inmediatamente, no el hecho del pago, sino el derecho al pago, pura y simplemente ó condicionado respecto al tiempo, lugar, etcétera, por la libre estipulación de los contratantes. Una cosa análoga sucede en lo que atañe á la posesión. La tenencia de un bien raíz con buena fe es el hecho originario del cual deriva la percepción de los frutos. Pero ¿es el hecho lícito de la percepción el que inmediatamente se deduce del hecho de la tenencia? En modo alguno. Del hecho de la tenencia con buena fe se desprenderá un derecho, una facultad reconocida y sancionada por la ley. Borremos ese derecho y el hecho de la apropiación de los fru-

tos desaparecerá inmediatamente, ó por lo menos quedará oscurecido y quebrantado con el estigma de la ilicitud. He aquí, pues, á nuestro juicio, patentes los reparos con sujeción á los cuales debemos admitir la base oncena.

Si los redactores del Código civil han cumplido ó no con la repetida base, difícil es averiguarlo. El concepto absoluto no lo encontramos ni definido ni aplicado. Y es más, creemos que obrando la Comisión de Códigos con más lógica que el autor de las bases, ó si éste formó parte de la Comisión, reconociendo la oscuridad de su logomaquia, prescindió en absoluto de desenvolver un concepto tan antinómico con la misma base, cuanto que presentándonoslo ésta como emanación del dominio, pretendía que se mantuviese las consecuencias de la distinción de ambos conceptos en las formas y medios de adquirir la posesión.

No queremos pasar más adelante en el análisis de la base oncena ni detenernos siquiera en fustigar su lastimosísima composición, no ya por lo que respecta á los principios que el legislador no debe olvidar para que en su trabajo resplandezca la claridad y la pureza, sino por lo que toca y se relaciona con las leyes de la más elemental dialéctica. Donoso es en verdad que de una tenencia se deduzca un hecho; pero lo es mucho más que de una tenencia nazca un concepto. Y sin embargo, literalmente, esto es lo que dice la base oncena.

Dejémosla en el reposo y penumbra que por sus defectos merece, y entremos ya en el estudio de los capítulos, que si no se han fundido, debieron fundirse en tan deforme turquesa.

2.° *El Código no define la posesión en su concepto genérico.*—El concepto genérico de la posesión no lo han expuesto los autores del Código. Hánse limitado á definir las dos especies designadas con los nombres de natural y civil. Todas las definiciones del derecho envuelven peligro; pero la de la posesión, si ha de comprender todos sus diversos aspectos, es peligrosísima, si no imposible, según Zachariæ afirma.

De aquí que nosotros opinemos que los autores del Código, lecididos á implantar la división clásica en el derecho posesorio, de posesión natural y civil, se condujeron con suma prudencia, prescindiendo de definir la posesión bajo una forma generalísima que por necesidad había de resultar, cuando no inarmónica y redundante, irregular y deficiente.

Tanto más se arraiga esta convicción, parangonando con el artículo 430 de nuestro Código las definiciones que de la posesión exponen algunos Códigos extranjeros. Y es que la noción posesoria, nacida en la vida común antes de que los jurisconsultos trataran de condensarla en forma científica, es comprendida instintivamente con tanta facilidad cuanto difícil es su enunciación en el orden reflexivo.

Savigny afirma que la significación de la *possessio civilis et naturalis* es jurídica en su origen; pero esto no le quita un punto de gravedad al compromiso dificultosísimo de definir, no ya la posesión en general, sino cualesquiera de sus especies.

Si á un individuo completamente ajeno á toda reminiscencia de la ciencia jurídica le preguntamos si posee la herramienta que maneja, la tierra que labra, la res que ha cazado, con toda seguridad nos contestará afirmativamente; pero si á este mismo individuo le interrogamos en el sentido de si su posesión es natural ó civil, nos responderá que solamente sabe que está poseyendo la herramienta con que trabaja ó la tierra que cultiva.

La noción posesoria vulgar es absoluta; el vulgo sabe que posee, ignora todo lo demás.

Pero en el fondo de toda posesión descubre el sentido colectivo, por decirlo así, un principio de disponibilidad de tal suerte inherente á la posesión, que sin aquél no concibe ésta. Si ese individuo de que antes hablábamos puede labrar la tierra, impedir que otro penetre en la misma y recoger los frutos, ese individuo afirmará su posesión.

He aquí por qué instintivamente la noción posesoria es fácil y se ha presentado en los pueblos, bien totalmente identificada con la propiedad como en las tribus germánicas, bien guardando conexiones íntimas con la misma.

Tratemos ahora de dar apariencia científica al concepto inicial de la posesión, y á seguida comenzarán las dificultades. Si por acaso la definiéramos como subordinación de las cosas á nuestra voluntad, en orden al fin impuesto por su naturaleza, no pasaríamos de expresar un concepto vago, incompleto y erróneo, mediante el cual nos será imposible formar idea de la institución definida. Si decimos que es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho con el ánimo de conservarla para sí, argüiríase, y no sin motivo, que la mera tenencia, como dice Laurent comba-

tiendo á Troplong, no podrá ser calificada de posesión. La posesión se diversifica según la variedad de relaciones de derecho en que se nos ofrece, y como es punto menos que imposible fundir toda esta variedad en el molde de un concepto uno y vario como la trinidad brahmánica, de aquí la insuficiencia de todas las definiciones. En cada relación posesoria particular se descubren aisladamente los caracteres que le son propios; pero en el marco de una relación posesoria mental no es factible condensar todos esos caracteres presentándolos luego como el arquetipo y unidad comparativa de toda posesión.

Sin embargo de esto, la mayoría de los Códigos civiles extranjeros, lejos de mostrarse esquivos, han afrontado resueltamente el escollo de definir la posesión. Para ello han amalgamado los elementos que les suministraba el Derecho romano con aquellos otros, patrimonio exclusivo del Derecho moderno. Aportábales el primero un elemento material, el *corpus*, la tenencia de la cosa, y un elemento moral ó psicológico, el *animus*, la retención de la cosa como dueño. Suministrábales el segundo la fusión de las cosas y derechos bajo un solo concepto posesorio. De aquí que el Código civil francés diga (art. 2.228) que la posesión es la ocupación ó disfrute de una cosa ó de un derecho que se tiene ó ejerce por uno mismo ó por otro que la tiene y ejerce en su nombre. Casi las mismas palabras emplea el art. 685 del Código de Italia, puesto que para dicho Código la posesión es la detención de una cosa ó el disfrute de un derecho que ejercitamos por nosotros mismos ó por medio de un tercero que lo hace á nuestro nombre.

Discrepa el derecho lusitano, el cual, inspirándose en un criterio más amplio y general, define en el art. 474 la posesión, diciendo que es la retención ó disfrute de cualquier cosa ó derecho.

Entre los Códigos americanos, es digno de particular aprecio el de Guatemala, no sólo por su singular adaptación á las leyes de Partidas de nuestro país, sino por ser el único que, después de definir la posesión en su más vasto sentido, define también la posesión natural y la civil.

Posesión, dice, es la tenencia ó goce de una cosa ó de un derecho con el ánimo de conservarla para sí. Hay posesión natural, por la mera aprehensión corporal de la cosa; la hay civil, por ministerio de la ley aun sin dicha aprehensión.

El Código mejicano se inspira también en las palabras del

Código Napoleón, y por esto expresa (art. 919) que posesión es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos ó por otro en nuestro nombre.

Citaremos, finalmente, el Código de la República chilena.

Define la posesión diciendo que es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor ó dueño, sea que el dueño ó el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo ó por otra persona que la tenga en lugar y á nombre de él (art. 700). Pudiera creerse, si solamente atendiéramos á la definición transcrita, que el derecho chileno recogía las tradiciones romanas en punto á no admitir la posesión más que en la propiedad y en los *jura in re;* pero este prejuicio se desvanece, teniendo presente que el Código de Chile aplica el calificativo de cosas incluso á los derechos, denominándolos cosas incorporales. Así lo demuestra, por otra parte, el art. 715, al establecer que la posesión de las cosas incorporales (derechos) es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal.

La exposición que acabamos de hacer de las definiciones que de la posesión dan los principales Códigos, debe servirnos para deducir de las mismas una provechosa enseñanza.

Un ligero estudio comparativo con el art. 430 nos demuestra que el concepto general de posesión que algunos Códigos consignan, es el que nuestro Código expone de una de las especies, á saber, de la posesión natural; y por raro contraste observamos también que la idea que de la posesión genéricamente considerada, nos ofrecen algunos otros Códigos extranjeros, coincide exactamente con la que respecto de la posesión civil enuncian nuestros legisladores.

Prueba de lo primero el Código portugués. Prueba de lo segundo el Código de Guatemala.

Esta extraña diversidad de las leyes civiles revela elocuentemente las dificultades con que en el terreno reflexivo se tropieza para unificar, si se nos permite la expresión, el concepto posesorio (1).

No influye poco, según nuestro sentir, en esta confusión de

(1) Hemos omitido la mención del proyecto de Código de 1851, porque no pasa de ser una copia literal del art. 2.228 del Código Napoleón.

ideas, la nomenclatura adoptada para calificar estados ó situaciones de derecho, que enlazados por un factor común tienen sin embargo caracteres diferenciales suficientes para formar grupo aparte en la clasificación de las instituciones jurídicas. Así, por ejemplo, á la mera tenencia de una cosa corporal é incorporal la llamamos posesión. A esa mera tenencia de la cosa para conservarla ó disfrutarla, pero reconociendo el dominio á otra persona, del mismo modo la denominamos posesión. A la tenencia de la cosa ó derecho unido al *animus sibi habendi*, de posesión la calificamos; finalmente, también designamos con el nombre de posesión á la tenencia de la cosa cuando concurren simultáneamente el *animus domini*, la buena fe y el justo título. Así es que el término posesión es el más anfibológico de cuantos en el tecnicismo de la ciencia jurídica pueden encontrarse. Con razón hace notar Ihering que la terminología actual, como la de los juristas romanos, es sumamente imperfecta y defectuosa.

Entremos ya en el estudio de cada una de las dos especies de posesión que el art. 430 define.

3.° *Posesión natural y civil.—Consideraciones generales: Doctrina de Savigny: Opiniones de otros autores.*—Buscando el abolengo de esta definición en nuestras leyes patrias, nos vemos precisados á recurrir al Código de las Partidas. La ley 1.ª, tít. XXX, Partida 3.ª, después de expresar el concepto gramatical, diciendo que *Possessio tanto quier dezir como poniniento de pies*, expone con elevado criterio científico los elementos materiales, psicológicos y jurídicos de la relación posesoria. La ley 2.ª dice así: Ciertamente dos maneras y ha de posesión. La una es natural, é la otra es por otorgamiento de derecho á que llaman en latín civil. E la natural es quando ome tiene la cosa por sí mismo corporalmente, assi como casa ó su castillo, ó su heredad ó otra cosa semejante, estando en ella... Vemos que en la ley de Partidas el concepto de la *possessio naturalis* era extremadamente material, porque aun admitiendo que el inciso de la ley 2.ª revista un carácter demostrativo, basta la contraposición de la *possessio civilis* para comprender que la primera solamente existía cuando el poseedor ocupaba la cosa poseída, ó sea cuando el señor estaba en su castillo, el labrador en su heredad. Si nos es lícito expresarnos así, podemos afirmar que la posesión natural, tal como se encuentra concebida, en la obra legislativa del Rey Sabio, es la posesión según se muestra en la naturaleza, ó

como dicen los expositores del Derecho civil patrio que ha venido rigiendo hasta la promulgación del Código, la ocupación ó tenencia material de una cosa, bien por el mismo dueño, bien por otro que no lo sea, esté ó no provisto de título para poseerla.

La posesión natural se nos presenta en el Derecho de Partidas bajo una doble fase ó aspecto. No es solamente la apariencia necesaria de toda tenencia material, en el orden de la naturaleza, bajo cuyo aspecto la posesión natural abarca á las demás especies posesorias, sino que la susodicha *naturalis possessio* es la antítesis ó contraposición de otra *possessio* llamada civil, porque por *otorgamiento de derecho* conduce á la usucapión. La ley quinta del tít. XXX de la 3.ª Partida corrobora la tesis que acabamos de exponer. «Labradores ó yugueros ó los que tienen »arrendadas ó alquiladas cosas ajenas, como quier que ellos sean »apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera pos-session es »de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento. E por ende »quanto tiempo quier que ellos las tuuiesen assí non ganarian el »señorio por ello. Pero aquellos que tienen á feudo algund here»damiento, ó han ende el usofruto dello ó lo tienen á censo, dando »cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos »heredamientos ganan la possession dellos. Pero en saluo finca »el señorio á sus dueños; de manera que estos atales por tal te»nencia como esta non ganan la propiedad dellas quanto tiempo »quier que las tengan.»

¿No vemos en esta ley, prescindiendo de la distinción que se hace entre el locatario y el usufructuario, que el concepto de la *naturalis possessio* se bifurca, por decirlo así, en un sentido amplísimo, equivalente al hecho actual de poseer y otro circunscrito al sentido antitético de la *possessio civilis?*

Si aun en la ausencia del poseedor, si aun no estando éste en la tenencia material de la cosa, la posesión prevalecía por otorgamiento de derecho, ¿cómo puede esto explicarse sino por la existencia de un elemento subjetivo ó personalísimo, tal como el *animus domini*.

En nuestro sentir, esta misma concepción jurídica que emana del monumento legal por excelencia de nuestro país, ha pasado al recentísimo Código, purificándose y espiritualizándose. Más adelante trataremos de probar este aserto, suspendiendo aquí el curso de la investigación, porque no estará de más que nos detengamos

brevemente en la ascendencia romana y en la exposición de las doctrinas del ilustre Savigny acerca de la materia que estudiamos.

De un texto del Código Justiniáneo se ha tratado de derivar el concepto de la posesión natural. *Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem aliam quae iure consistit, aliam quae corpore...* (1), y en efecto, la concepción materialista, por decirlo así, de la ley del Código, parece reflejarse en la de Partidas que hemos transcrito.

En diversas leyes del Digesto encontramos empleada la frase posesión natural, v. gr., la ley 1.ª, § 1.°, tít. II, libro cuarenta y uno: *Dominiunque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait, eiusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari coeloque capiuntur;* la ley 11, tít I, libro cuarenta y uno; la 1.ª y 2.ª, § 2.°, tít. VI, libro cuarenta y uno: *pro herede;* la 3.ª, § 3.°, tít. II, libro cuarenta y uno: *Neratius et Proculus, et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio*, etc., y otras varias que expresamente omitimos en atención á su escasa importancia.

En su origen, dice Savigny, la significación de la palabra *possessio*, no es otra cosa que un estado de simple detentación; así es que mientras solamente se hable de *possessio*, sin restringir su significado, es preciso considerar la palabra en su más amplio y general sentido, ó sea en el concepto de la natural detentación. No debemos olvidar que Savigny se refiere concretamente al Derecho romano, siquiera por el espíritu filosófico en que su teoría posesoria se inspira, se haya ésta universalizado.

Pero ahora bien: la detentación natural toma, bajo ciertas condiciones, el carácter de una relación jurídica y conduce á la propiedad mediante la usucapión. Entonces recibe el nombre de *possessio civilis*.

Desde el instante en que por contraposición admitimos la posesión civil, tenemos forzosamente que distinguir y designar toda otra detentación que no reúna los caracteres de una relación jurídica propiamente dicha; á esta detentación se la denomina *naturalis possessio*.

Admite Savigny para perfeccionar su doctrina dos especies de posesión jurídica; una de ellas, ó sea la *posesión civil*, apta para

(1) Cód. 10, *De adq. poss.*

la usucapión, y otra *la posesión propiamente dicha*, apta para los interdictos. De aquí que reconozca por antítesis dos especies de posesión natural, ambas, como es consiguiente, negativas.

La posesión natural de la primera especie, en oposición á la *possessio civilis*, designa toda detentación en la que no concurran las cualidades necesarias para producir la usucapión.

Fuera aparte de su condición negativa, no se afirma respecto de la misma ninguna cualidad jurídica particular. Así es que esta posesión natural comprende lo mismo la mera detentación desprovista de todo tinte jurídico que la posesión jurídica que no conduce á la usucapión, en cuyo sentido se atribuye al acreedor pignoraticio la posesión natural de la cosa empeñada.

La posesión natural de la segunda especie, en oposición á la *possessio* propiamente dicha, implica una detentación que no engendra ni el derecho á los interdictos, y mucho menos á la usucapión. La diferencia entre esta especie de posesión natural y la primera consiste en que su característica negativa es más extensa y amplia.

De estas afirmaciones de Savigny y de su aplicación á la doctrina romana, dedúcese que entre las dos especies de posesión natural que reconoce, media una contraposición, toda vez que la primera especie puede ser una verdadera posesión jurídica, opuesta bajo este aspecto á una posesión natural de la segunda especie. Savigny se aprovecha de un texto romano (ley 1.ª, §§ 9.º y 10, tít. XVI, libro cuarenta y tres del Dig.) *Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam, et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.*

Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti; nom tamen, si colonus, y lo interpreta en el sentido de que el interdicto *de vi* se concede tanto á la posesión civil como á la natural, con tal que sea una posesión jurídica, y por eso la posesión de la mujer casada está protegida por el interdicto y no lo está la del arrendatario.

Vangerow y Pfeifer han puesto tachas á la interpretación del texto romano; pero esto no debe extrañarnos, porque nada hay más difícil de lograr que la conformidad de los sabios.

La doctrina savigniana tiene, á nuestro juicio, escasas aplicaciones prácticas, pero su influencia en la vida intelectual ha sido extraordinaria y no hemos querido omitir su mención.

Discrepantes han estado los autores en el extremo relativo á la significación de los conceptos posesión natural y civil. Idea muy generalizada ha sido la del ilustre jurisconsulto francés Cujacio, el cual entiende por posesión civil la que se funda en el derecho, y por posesión natural la que no reconoce este fundamento; posesión civil la justa, natural la injusta.

Pothier comprende entre los que poseen naturalmente, no sólo á los que detentan las cosas por título distinto del de dueño, sino también á los usurpadores y á todos aquellos cuyo título es nulo. Llama poseedores civiles á los que poseen por título de dominio y á los que tienen el *animus domini*.

Troplong, reconociendo por de contado que la distinción entre la *possessio naturalis* y la *possessio civilis*, tiene su abolengo en el Derecho romano y fué recogida por el antiguo Derecho francés, la censura acerbamente, concluyendo por afirmar que dicha distinción de las especies posesorias es solamente una manía que ya era tiempo de rechazar, según lo ha hecho el Código Napoleón.

Argou opina que el *animus domini* es la cualidad característica de la posesión civil, aunque el poseedor carezca de buena fe, y por contraposición entiende que la ausencia del *animus* es la nota diferencial de la *possessio naturalis*.

Troplong ha encontrado un contradictor de sus doctrinas en Laurent y más principalmente en Marcadé, el cual, analizando el Código civil de Francia, sostiene que sólo hay posesión cuando el poseedor retiene la cosa á título de propietario, y que la mera tenencia precaria no puede calificarse de posesión propiamente dicha.

Conocidas algunas opiniones por vía de instructivo antecedente, vengamos á nuestro Código, y ya en su jurisdicción, tratemos de comprobar la idea que al ocuparnos del derecho posesorio en la legislación de Partidas hemos expuesto.

Anticipamos desde luego nuestro criterio conforme con la Comisión de Códigos. Lejos de pensar con Troplong que la clásica distinción de la posesión en natural y civil responde á una manía, á prejuicio rutinario, creemos que si de alguna manera se puede abatir dentro de los antiguos moldes el vicio congénito de la ambigüedad con que se tropieza, al tratar de exponer metódicamente el derecho posesorio, debido esto á las diversas fases en que posesión se nos ofrece, ha de ser mediante la división enunciada.

¿No hemos tenido ocasión de observar en este mismo comentario, que entre las diversas legislaciones extranjeras reina la más significativa discordancia, y que al paso que unas definen la posesión en general, como nuestro Código define la civil, otras entienden por posesión, en su más amplio y extenso sentido, lo mismo que nuestro Código expresa para fijar el concepto de la *possessio naturalis?*

¿Y habremos de censurar á los redactores del Código civil español la buena obra de haber fundido esas inarmónicas disonancias, aunque haya sido á trueque de sancionar la división clásica de las especies posesorias y de prescindir de enumerar el concepto genérico de la posesión?

No, ciertamente. Como no sentimos afecto íntimo ni aversión hacia la obra codificadora del Derecho civil de nuestro país, alabamos el comedimiento con que se ha conducido en este caso el legislador. No habrá afrontado resueltamente la dificultad y con la dificultad el peligro; pero en muchas ocasiones vale más la prudencia que la valentía.

Posesión natural, dice el art. 430, es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia ó disfrute, unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.

Analicemos aisladamente los términos de cada una de estas dos definiciones, para deducir luego los caracteres que les son comunes, fijar las relaciones que los ligan y desarrollar su respectivo contenido.

La simple lectura del artículo transcrito nos enseña que el principio romano, en cuya virtud solamente se aplicaba la posesión á la propiedad y á los *jura in re*, ha sido reemplazado por otro principio más en armonía con las corrientes del Derecho moderno, según el cual la noción posesoria es aplicable lo mismo á las cosas corporales que á las incorporales. Pero al propio tiempo esa misma lectura nos descubre un defecto ya notado por el distinguido catedrático Sr. Falcón.

El Código habla de la tenencia de las cosas y del disfrute de los derechos. Aunque sería vano buscar el concepto de la voz derecho, el legislador la emplea para significar con el contraste la corporalidad de las *cosas* y la inmaterialidad de los *derechos*. Por apego á esta misma idea dice también *tenencia de las cosas* y *dis-*

frute de los derechos. Así es que no aventuraríamos nada por nuestra parte si en seguimiento estricto del art. 430 del Código dijéramos que el disfrute de un derecho por una persona constituía una posesión natural. ¿Es propio el término *disfrute?* Claro es que no. Sabemos que á tenor del art. 469, el usufructo puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo ó intransmisible; mas como el usufructo, según el art. 467, no es sino el disfrute de los bienes ajenos, salva su forma y substancia, es indeclinable que el usufructo de un derecho no será sino el disfrute de ese mismo derecho.

La posesión podemos concebirla limitada también al disfrute, sin menoscabo de la forma ni detrimento de la substancia. Y entonces, siguiendo literalmente las definiciones del Código civil, ¿qué diferencia mediaría entre el concepto de la posesión natural y el de usufructo de un derecho? Esta tangible demostración nos releva de toda otra prueba.

Es, se dirá, que para evitar la inconcordancia entre un término que, cual el de tenencia, equivale etimológica y gramaticalmente considerado á aprehensión, y otro término que, como el de derecho, denota inmaterialidad, se ha recurrido á la voz disfrute, á simple vista más adecuada y pertinente. A esta objeción replicámos: 1.° Que el disfrute es un efecto inherente á todo estado posesorio de cosa corporal ó incorporal. 2.° Que la voz tenencia en su significado jurídico es susceptible de aplicación á los derechos, según más adelante comprobaremos, valiéndonos de los mismos textos del Código. Y 3.° Que este mismo cuerpo legal se encarga de echar por tierra el supuesto de espiritualizar en su expresión, digámoslo así, la posesión de los derechos. ¿Habría hablado, si así no fuese, el art. 438 de *la ocupación material del derecho poseído*, englobando en un solo enunciado tantas incorrecciones como palabras? Dada la amplitud de concepto con que hoy generalmente se acepta la voz tenencia, hubiera bastado que el Código hubiese dicho: Posesión natural es la tenencia de una cosa. Bajo la acepción cosa, comprende el Código, lo mismo las cosas corporales, las visibles, las que pueden tocarse, *quæ tangi possunt*, que las incorpóreas, las invisibles, las que no pueden aprehenderse, *quæ tangi non possunt.* Era, por tanto, innecesario hablar de derechos, y si la conducta del legislador merece disculpa, es porque, como dijimos al ocuparnos de la comunidad de

bienes (tomo VII), creyó oportuno evitar el escollo de la acepción vulgar de la palabra cosa y estimó preferible ser tachado de pródigo y redundante, á ver acusada su obra de omisión ó defecto.

Mas aunque conscientemente, y con el propósito de lograr mayor claridad, incurriéramos en el mismo defecto que hemos puesto de relieve, podría aceptarse una definición redactada en esta forma: Posesión natural es la tenencia de cualquier cosa ó derecho.

A) Concepto de la voz tenencia.—Con harto fundamento se ha dicho que la noción posesoria no se condensa exclusivamente en las definiciones que expone el Código en el art. 430.

No nos penetraríamos del espíritu del artículo que comentamos, si no le estudiáramos relacionado con aquellos otros que le complementan. Un ejemplo vivo de esta afirmación es el tema actual de nuestro estudio.

La palabra tenencia, del latín *tenere*, denota en su acepción corriente, aprehensión material de una cosa ú objeto. Si nos plegáramos á esta interpretación restrictiva, podríamos afirmar, que siendo la tenencia elemento común de las dos especies posesorias, natural y civil, que el Código admite, sólo adquiriríamos la posesión cuando aprehendiéramos la cosa ó el objeto. ¿Es esta hipótesis exacta? En modo alguno. El art. 438 expresa que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó por el hecho de quedar éstos *sujetos á la acción de nuestra voluntad.*

Existe, pues, una adquisición posesoria espiritualizada, por decirlo así, en la cual el elemento físico es reemplazado por una posibilidad dependiente de la voluntad. Tenencia, por tanto, no significa exclusivamente aprehensión de una cosa corporal. Habiendo perdido su sentido materialista, y cobijando su concepto toda relación de una persona con una cosa, sea ésta corpórea ó incorpórea, la tenencia, en la acepción que nuestro Código civil la emplea, es un elemento substancial de toda posesión.

La posesión natural se nos ofrece en la vida jurídica como un hecho; pero todo hecho, en cuanto el derecho lo reconoce, supone: 1.°, un sujeto; 2.°, un objeto sobre el que recae la acción del primero, y 3.°, el contenido de la relación entre el sujeto y el objeto.

Y estos tres factores esenciales son los que con independencia vamos á estudiar.

B) Sujeto de la posesión natural.—Envuelve en rigor este enunciado la doctrina de la capacidad para poseer, pero como quiera que el Código la desarrolla en varios artículos, y la exégesis nos veda traspasar el orden expositivo adoptado por aquél, nos hemos de limitar á exponer algunas consideraciones de índole generalísima.

La persona, tanto individual como jurídica, es el sujeto de la posesión.

Si alguna duda pudiera existir respecto de las llamadas personas colectivas, el art. 38 del Código se encarga de desvanecerla, manifestando que las personas jurídicas tienen capacidad para adquirir y *poseer* bienes de todas clases.

Pudiendo la persona jurídica ser sujeto de una relación de propiedad, no es necesario discutir que puede serlo de una relación de posesión. Debemos, sin embargo, notar que la posesión figura en la clasificación de los derechos en un nivel inferior á la propiedad. Ésta no necesita para su subsistencia de las presunciones jurídicas; aquélla no podría prevalecer si dichas presunciones no concurrieran en su apoyo. La propiedad es, por decirlo así, un derecho absoluto; la posesión se caracteriza por su relatividad. Dadas estas diferencias, ¿repercutirán en punto al sujeto, siendo más extensa su esfera en lo tocante á la posesión que en lo concerniente á la propiedad?

Este hemos dicho que es un derecho absoluto. Para su adquisición se requiere capacidad plena. Un demente, un menor, no pueden por sus propios actos ser sujetos de una relación adquisitiva de dominio, si un tutor no les presta su plenitud jurídica. Serán, por de contado, aptos para una adquisición originaria. Si un loco hiere una res y la ocupa; si un menor extrae un coral de los mares, harán suyas respectivamente la pieza de caza y el coral.

Por analogía con estos actos originarios encontramos que, según nuestro Código, los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas, siquiera, como es consiguiente, necesiten de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.

Desde el punto de vista del sujeto, la posesión se nos ofrece

aparentemente con mayor amplitud que la propiedad, pero con caracteres afines á la ocupación que la invisten de una realidad puramente corporal.

Si el loco y el infante carecen de voluntad eficaz en derecho, ¿cómo podrán, v. gr., adquirir la posesión de la cosa raíz por el mero hecho del otorgamiento del título transmisivo si le es de todo punto imposible al menor ó al incapitado otorgar la escritura de compraventa?

Claro y expedito es que la posesión se adquiere por el hecho de quedar las cosas sujetas á la acción de nuestra voluntad; el mismo caso que acabamos de exponer, derivándolo del art. 1.462 del Código, así lo demuestra. Pero si la voluntad jurídica no existe, ¿cómo se adquirirá la posesión?

Por estos motivos hemos expresado que el loco y el menor son, por lo que atañe á la adquisición posesoria, sujetos activos de la misma en cuanto siendo seres animados pueden ejecutar actos materiales, á los cuales el derecho les reconoce una virtualidad. De aquí deducimos dos consecuencias. Es la primera, la de que el demente y el pupilo no pueden por sí mismos ser sujetos activos de la posesión, cuando ésta se adquiera por actos jurídicos. Es la segunda, la de que para ser sujeto de la posesión es indispensable que la personalidad se haya determinado por el nacimiento.

Condúcenos esto á sentar la regla de que el concebido y no nacido, aunque se le repute por tal para todos los efectos que le sean favorables, no puede ser sujeto de posesión. La relación posesoria que el nacimiento pueda generar, no se perfecciona, porque falta el sujeto. La espectativa de su posible existencia crea, mientras dure la incertidumbre, un estado provisorio, un *statu quo* jurídico interino, durante el cual se proveerá judicialmente á la seguridad y administración de los bienes. En Roma se daba á la madre la posesión en nombre del hijo que tenía en el vientre (1).

---

(1) Ley 1.ª, párrafo 1.º, título VI, libro veinticinco...; *debet enim Praetor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine.*

Ley 1.ª, título IX, libro treinta y siete ..; *nan et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessonen vice contra tabulas bonorum possessionis.*

Sabemos que la persona colectiva es la originada por la reunión de varios individuos. Así, por ejemplo, un centro de instrucción, una corporación civil, una asociación religiosa. Cuando la persona jurídica sea sujeto de una relación posesoria no habremos de reputar poseedores individuales á cada uno de los que la compongan. La entidad de derecho, la persona colectiva en su propia cualidad, es el sujeto de la posesión, y en tal concepto es la facultada para usar de los derechos que de la posesión emanen. Si la persona jurídica es despojada de un bien raíz, la persona jurídica será la restituída, sin que implique á la pureza de la doctrina la inexistencia corporal de que dicha ficción adolece, porque esta inexistencia se suple por la representación de una persona natural. *A municipibus, et societatibus, et decuriiss, et corporibus bonorum possessio agnosci potest,* y en otro texto más concreto de Ulpiano (1).

Sed hoc iure utimur, ut et possidere, et usucapere municipes possint, idque iis per servum, et per liberam personam acquiratur.

Así como con respecto á la persona natural, hemos sostenido que para ser sujeto de la posesión, es preciso que su personalidad se determine por el nacimiento; así podemos afirmar, por lo que afecta á la persona jurídica, que es necesario que su nacimiento se determine igualmente por su constitución legítima. Antes no existe.

La persona colectiva como entidad jurídica no puede padecer restricciones de su capacidad, digámoslo así, por causa proveniente de los individuos que la compongan.

La persona colectiva nace á la vida del derecho perfecta, y si las individualidades que la forman se incapacitan, la persona jurídica se extingue. Y es que la persona natural, por efecto de su corporalidad, es un factor imborrable en la esfera del derecho. La persona jurídica proviene de la suma de varias voluntades ó de la voluntad universal reflejada en la ley; subsiste por virtud de una ficción, y para un fin particular ó general. La persona colectiva, por tanto, en la gravitación jurídica, no constituye centro como la persona natural, aunque es atraída por ésta. De aquí que la persona colectiva no subsista por sí, y de aquí también que, inca-

(1) Ley 2.ª, título 2.º, libro cuarenta y uno, Dig.

pacitándose para la vida del derecho las personas naturales, constitutivas de la persona jurídica, tenga ésta que fenecer.

La tendencia á la sociabilidad y el instinto del poder, han creado las personas jurídicas, que responden en el orden colectivo del derecho á la necesidad de realizar con mayor facilidad y perfección los fines del individuo.

De lo expuesto deducimos, que la persona jurídica sólo puede ser sujeto de posesión en la integridad de su estado legal, á diferencia de la persona natural que puede serlo aun estando capitidisminuída su capacidad de derecho.

C) Objeto de la posesión natural.

El Código en este extremo no da lugar á la duda. Pueden ser objeto de la posesión las cosas y los derechos, ó dicho en términos más correctos, las cosas corporales y las incorporales, las que pueden aprehenderse físicamente, y las que por su espiritualidad no son susceptibles de aprehensión.

Ya hemos dicho que los romanos sólo concebían la posesión de las cosas corporales y de los *jura in re*, admitiendo, con respecto á estos últimos, una como á manera de posesión, una *quasi possessio*.

La concepción materialista del *corpus* se alzó como barrera infranqueable, impidiendo que el concepto posesorio se aplicase en su pureza á las desmembraciones de la propiedad, á los derechos integrales de la misma susceptibles de separación y de goce independiente. Pero si los romanos no encontraron identidad entre la posesión de las cosas corporales y la de las incorporales, no se escapó á su perspicacia la analogía de los caracteres, y de ahí nació la *quasi possessio* limitada á los derechos en la cosa. El usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la superficie, fueron el contenido de la cuasi posesión, y el usufructuario, por ejemplo, si bien es verdad que con relación á la cosa usufructuada sólo tenía la posesión natural, disfrutaba de *la quasi possessio* jurídica de su derecho de usufructo. Poco á poco fuése perdiendo este concepto restringido, basado sobre una mera ficción. Vióse con toda lucidez que la corporalidad ó incorporalidad no afectaba substancialmente á la relación de las personas con las cosas ó con los derechos, y á medida que se fué espiritualizando la noción posesoria, fué adquiriendo extensión y reconociéndose por los juristas, lo mismo en los *jura in re* que en los llamados derechos de

obligaciones y aun en los de la personalidad, como, v. gr., los derechos de familia, los relativos al estado ó condición civil, etc. No ha contribuído poco á esta evolución la influencia latente del Derecho Canónico; pero de esto ya hemos hablado en otro lugar del tomo y excusamos repetirlo.

Los autores han disentido radicalmente en sus opiniones, y es que la mayoría, atraídos irresistiblemente por el Derecho romano, han escrito sus lucubraciones, mirando por el objetivo de este último.

Savigny no concibe la posesión de los derechos incorporales, porque no pueden ser motivo del ataque ó perturbación que en su caso generaría la protección posesoria.

Mescheider, otro defensor convencido de las antiguas doctrinas, cree que la posesión de los derechos es la negación más absoluta de la teoría romana, y afirma que tal posesión carece de objeto, y en su consecuencia no es factible admitirla.

Bruns, á quien sigue Randa, separándose de los escritores mencionados, reconoce la posesión de los derechos, pero exige necesariamente pluralidad de ejercicios. Así es que excluye los derechos puramente personales y admite los que representan relaciones persistentes entre personas ó cosas, cuyas relaciones se resuelvan en varias y constantes prestaciones.

El distinguido Catedrático de la Universidad de Madrid, señor Sánchez Román, acepta en tesis general la posesión de los derechos, cualquiera que sea su naturaleza; porque como con mucha razón afirma, al buen orden social, como elemento necesario de toda vida jurídica, le interesa partir de la presunción de que existe posesión legítima de estados civiles ó políticos, de derechos ó de cosas corporales, en tanto no se demuestre lo contrario.

El Marqués de Olivart opina asimismo, que en los derechos personales (de familia, políticos, civiles) no puede desconocerse la posibilidad de una relación de superioridad, igualdad ó inferioridad respecto de otros ó de una facultad en sí propio, cuya situación de hecho corresponde á un derecho de familia, político, civil, etc.; pero sin negar la posesión en los derechos de la personalidad, reconoce que presenta mayor analogía con la posesión de las cosas la de estos mismos derechos en cuanto se relacionan con los bienes.

Ya conocemos los varios pareceres sustentados acerca del objeto de la posesión. Ahora es oportuno preguntar: el art. 430 del Código al sancionar que la posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un *derecho* por una persona, ¿acepta el concepto romano de la *quasi possessio* en toda su integridad y pureza, esto es, refiriéndose á los *jura in re*, ó sanciona el concepto moderno, según el cual la posesión existe en las cosas, en los derechos sobre las cosas, en los derechos de obligaciones y en los de la personalidad? ¿Es que el Código en el art. 430 funde en un solo concepto la *possessio* y la *quasi possessio*, desterrando la ficción insostenible del Derecho romano, ó es que universaliza la posesión á todos los derechos?

Ciertamente la contestación envuelve mayores dificultades de lo que á primera vista pudiera creerse. De un lado, la contextura del artículo inclina hacia el criterio expansivo. ¿Qué puede significar, si no es esta universalización del concepto posesorio, la ausencia de todo término calificativo de la voz derecho que el art. 430 emplea? Si el pensamiento del legislador hubiera sido diverso del que presuponemos, ¿no lo habría expresado el Código diciendo, por ejemplo: «Posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho en la cosa»?

Pero de otro lado campea el criterio restrictivo, porque al admitir el art. 431 la posibilidad de que la posesión se ejerza en las cosas y en los derechos por la misma persona que los tiene y disfruta, ó por otra en su nombre, implícitamente restringe la posesión de los derechos de la personalidad. ¿Es lícito imaginar que un derecho político, v. gr., el de sufragio, un derecho civil como el de patria potestad ó el de autoridad marital, pueda ser ejercido por una persona distinta del elector, del padre ó del marido? Enunciar la hipótesis sólo, es antijurídico; ratificarla con una afirmación, rayaría en lo grotesco.

Ante estas contraposiciones del Código, ¿cómo interpretaremos el art. 430? Escritores muy distinguidos de nuestro país, ocupándose de la doctrina posesoria, estiman que el art. 430, en su generalidad, abarca todos los derechos.

Así opinamos también nosotros. El art. 430 sienta el princip general, y el legislador, al despojar el concepto de toda adheren cia concreta é individual, ha tenido forzosamente que presentarl universalizado, por decirlo así, inscripto en el marco de una idea

lidad abstracta, aplicable á todas las relaciones de la persona con la cosa, fuese ésta corporal ó incorpórea.

Así lo comprueba, por otra parte, el mismo art. 431 antes citado. Cierto es que la *possessio alieno nomine* no es compatible con los derechos de la personalidad. Podrá deducirse una restricción, más bien que del artículo, de la naturaleza y contextura jurídica de los expresados derechos; pero ¿la restricción acusa la negativa? ¿Niega el precepto del art. 431 la posesión de los derechos de la personalidad? Hay, por tanto, que reconocer en puridad interpretativa, que el espíritu del art. 430 está de acuerdo con su letra, y que si se encuentran principios que no armonizan con la latitud difusiva del enunciado artículo, débese á que la posesión, según hemos dicho en otro lugar, se diversifica según las relaciones á que se amolda.

No hay para qué decir que las cosas corporales y los derechos que recaen en las cosas, los *jura in re*, propiamente dichos, son objeto de la posesión.

La *possessio* y la *quasi possessio*, términos que denotaban en el derecho de Roma relaciones análogas, se han confundido consolidándose, porque el derecho moderno ha descubierto entre ellos la identidad.

No hemos ahora de preocuparnos de las condiciones que han de concurrir en el objeto de la posesión. La determinación concreta de dichas condiciones pertenece á la jurisdicción del art. 437, y al comentar este artículo tendremos ocasión de analizarlas, considerando á la posesión como uno de los elementos necesarios para usucapir. Mas ahora bien: si admitimos como tesis general que el derecho de obligaciones es susceptible de ser poseído, ¿podremos igualmente sostener que cualquier derecho de obligación puede poseerse? No todos los derechos de obligaciones se resuelven del mismo modo. Unos se caracterizan porque su resolución envuelve implícitamente su extinción. Otros por la reiteración de su ejercicio, ó, en distintos términos, por traducirse en prestaciones varias y discontinuas. Otros, finalmente, se resuelven en pluralidad de prestaciones continuas. Suponen, como dice el Sr. Sánchez Román, una constante actualidad jurídica.

El estado posesorio siempre presupone la insistencia, según firma Fernández de Retes. El que posee una cosa corporal puede aducir su poder por actos reiterados; el que posee un derecho en

la cosa, asimismo actúa sobre su derecho mediante pluralidad de actos; hay verdadera continuidad.

¿Concebiríamos la posesión del derecho de usufructo, por ejemplo, si al tiempo de ejercitarlo y por un efecto indeclinable del acto inicial de su ejercicio, se extinguiese aquél? En modo alguno. Concebiríamos, sí, una posesión ideal, cuyo contenido sería la facultad de promover voluntariamente dicho acto. Sería, pues, una posesión intangible, digámoslo así; pero seguramente nadie podría sostener en la hipótesis que hemos expuesto, la existencia de una verdadera posesión con realidad independiente.

Por estos motivos, los derechos de obligación que se extinguen por virtud de un solo acto de ejercicio, sin que su resolución dé margen á varias y constantes prestaciones, como dice Bruns, no pueden ser contenido de ninguna relación posesoria. A la inversa, aquellos otros derechos de obligación que se manifiestan y resuelven por pluralidad de prestaciones, por reiterados ejercicios, alternativos ó continuos, es indiscutible que pueden ser objeto de posesión.

La teoría del tracto es para este caso perfectamente aplicable, y valiéndonos de ella podemos exponer nuestro parecer, conforme con el de Röeder y Ahrens, diciendo: que si en tesis general todo derecho puede poseerse, descendiendo al terreno legislado y en el sentido que los Códigos desarrollan la doctrina posesoria, no son susceptibles de posesión los derechos de obligaciones de mero tracto, siéndolo á la inversa los de tracto sucesivo y tracto sucesivo continuo.

Desde que el Código de Francia, inaugurando la codificación, extendió en su art. 2.228 la posesión á los derechos en general, sin consideración á si éstos eran reales, de obligaciones ó de la personalidad, los Códigos que sucesivamente han ido promulgándose han aceptado idéntica doctrina, y el de nuestro país, por no apartarse de la tendencia científica iniciada, se ha dejado llevar por la misma corriente.

En punto á los derechos llamados de la personalidad, como quiera que éstos se traducen por una serie reiterada de actos, como se fundan, según afirma Bruns, en relaciones constantes, v. gr., las de parentesco, ciudadanía, etc., claro está que su posesión es posible. Pero es necesario añadir, para no dejar incompleto el pensamiento, que en tanto es realizable su posesión, en cuanto la con-

sideremos como exterioridad de un estado ya perfecto, de una facultad inherente á la persona. De aquí que los derechos de la personalidad no podamos reputarlos como objeto de la posesión propiamente dicha, independiente y separada del dominio, susceptible, en una palabra, de prescripción. Los derechos de la personalidad son imprescriptibles; y aunque el derecho á la legitimidad por la posesión constante del estado de hijo legítimo, parece contrariar nuestra afirmación, no hay que olvidar que dicho estado posesorio no se reputa jurídicamente como prescripción sino como medio de prueba supletorio en defecto de otros más autorizados y más plenos.

He aquí, pues, lo que por ahora debemos decir acerca del objeto de la posesión.

D) Contenido de la relación entre el sujeto y el objeto de la posesión natural.—El elemento subjetivo y el objetivo de la posesión natural se relacionan, y mediante su relación la posesión se produce. Mas esta relación tiene un contenido que si guarda íntimas analogías con el objeto de la posesión natural, no por esto es lícito afirmar su identidad. Todo derecho posesorio nace en cuanto el sujeto se relaciona con el objeto. El objeto es un elemento de la relación, y como tal elemento debemos considerarlo; pero el sujeto, actuando sobre este objeto, crea un fondo jurídico, un conjunto de prestaciones, dentro de cuyo marco se desarrolla el derecho de que se trate.

Este es el contenido de la relación entre los elementos subjetivos y objetivos, cuyo contenido vamos á exponer con respecto á la posesión natural.

El concepto que el art. 430 del Código expone no puede ser más extenso. El contenido de dicha posesión necesariamente ha de ofrecérsenos también amplísimo.

Desde luego podemos sentar una afirmación. La posesión natural comprende toda otra posesión. El propietario que ocupa su fundo; el usufructuario que obtiene las utilidades; el acreedor pignoraticio que retiene en su poder la cosa mueble dada en garantía; el arrendador que cultiva el predio; el que posee la cosa con ánimo de dueño, en virtud de un título y mediando buena fe; el que la ocupa sin ninguno de estos requisitos, todos ellos están en la posesión natural de la cosa usufructuada, pignorada, arrendada ó poseída, bien con los requisitos necesarios para usu-

capir, ó bien sin ellos. Y afirmamos que todos los mencionados tienen la posesión natural porque ésta, en sentir del Código, no es más que la exterioridad de toda relación posesoria en el orden de la naturaleza. No nos atreveríamos á diputar por exacta afirmación tan cerrada y categórica, si al analizar el término tenencia, empleado por el Código, no hubiéramos podido apreciar su espiritualización. Pero demostrado que los legisladores patrios no han restringido dicha voz á su significado material y léxico, nos ratificamos en la tesis sustentada.

Esta exterioridad de la posesión no excluye en modo alguno la posibilidad de que una cosa sea poseída bajo distintos conceptos por dos personas, siquiera como tenencia de hecho no pueda recaer sino sobre una sola. Toda cosa corporal, en cuanto puede ser aprehendida, admite la posesión natural. Toda cosa incorporal, todo derecho, en cuanto lo subordinamos á nuestra voluntad, á nuestro poder, lo poseemos naturalmente. Ahora comprenderán nuestros lectores con claridad, el fundamento con que hemos afirmado que la posesión natural abarca todas las diversas fases de la relación posesoria.

Su generalidad y la latitud de su concepto autorizan á proclamar dicho principio como expresión concreta del contenido de la relación entre el sujeto y el objeto de la posesión natural.

Pero la posesión natural, en el sentir de los legisladores patrios, reflejado en el art. 430 del Código, no sólo se manifiesta como la exterioridad real de toda relación posesoria, sino como la contraposición á un estado más perfecto, en el que concurre el *animus sibi habendi*, ó sea la noción antitética á la *possessio civilis*. En tal sentido la posesión natural no la debemos considerar como reflejo ó exterioridad de las relaciones del hombre con las cosas, ya constituyan estas relaciones un estado perfecto como el dominio, perfectible como la posesión, ó imperfectible como la mera tenencia, sino que habremos de mirarla como una posesión menos perfecta que aquella otra en la que concurre, v. gr., el título y el convencimiento de poseer como dueño.

Un ejemplo aclarará más estos conceptos, de por sí un tanto abstrusos.

El dueño de un fundo tiene la posesión natural de dicho fundo, en cuanto su dominio encarna externamente en una situación de hecho, mediante la cual puede el propietario actuar sobre la cosa

objeto de su propiedad. Este es el aspecto amplio y generalísimo de la posesión natural.

El que encontrando una heredad abandonada penetra en ella y la cultiva sin consideración á carecer de título, poseerá naturalmente. Su posesión natural es un ejemplo palmario de ese sentido contrapuesto ó antitético á otra posesión más perfecta, *possessio civilis*, de que hace un momento hemos hablado.

El usufructuario de un predio tendrá también la posesión natural por cuanto ocupando la cosa para obtener de ella las utilidades que sin detrimento de su sustancia pueda producir, carece de los requisitos que concurren á la perfectibilidad de la relación posesoria.

El que sin título legítimo aprovecha unas aguas públicas poseerá naturalmente el derecho de aprovechamiento, sin que esto sea óbice á que por el transcurso de veinte años adquiera por prescripción positiva el expresado derecho. La perfectibilidad en este caso no implica desde luego la ausencia de un estado posesorio más perfecto, aunque compruebe la variabilidad de la posesión, según las relaciones de derecho á que se adapte.

Ahora bien; después de desarrollado el contenido de la relación jurídica entre el sujeto y el objeto de la *possessio naturalis*, podrán observar nuestros lectores una estrecha solidaridad de concepto entre la posesión natural de la ley de Partidas y la que define el art. 430 que comentamos. Los legisladores de la época del Rey Sabio vieron en la posesión natural la misma dualidad de aspectos ó fases que los redactores del Código. De un lado la concibieron como apariencia necesaria de toda tenencia material en el orden de la naturaleza, de otro como la antítesis ó contraposición de la posesión llamada civil, porque por otorgamiento de derecho conduce á la usucapión.

La similitud no puede ofrecerse con más pronunciado relieve. La asociación de ideas que generó el concepto posesorio en la mente del autor de las Siete partidas, parece haberse reproducido en nuestros días como si el pensamiento del legislador moderno hubiérase plegado en su desarrollo al del de los tiempos medios.

distinción que existe, si de tal puede calificarse, no radica en substancial del concepto sino en su amplitud. El derecho mo- no, extendiendo la posesión fuera de los reducidos límites á la contrajo el Derecho romano, ha determinado el cambio

operado por nuestra legislación, asociándose á la tendencia científica actual, norma de la totalidad de los Códigos civiles, según los cuales la posesión se ejerce sobre las cosas y sobre los derechos.

Digamos ahora que el proceder de los autores de la codificación civil de nuestro país, desenvolviendo la misma idea de la posesión natural que la desarrollada en el Código magistral de Alfonso X, si bien condicionada é influída por las corrientes del Derecho moderno, nos merece alguna simpatía, y, no por los contactos que pueda tener con las doctrinas romanas, sino porque de no romper abiertamente con la tradición, implantando un sistema posesorio vaciado en moldes nuevos, es más correcto, más prudente y más práctico reproducir nuestro Derecho patrimonial, amoldándolo á los progresos jurídicos, que no copiar á la letra el Código francés, tan deficiente en punto á esta materia, según lo hicieron los que redactaron el proyecto de 1851.

Conocida es ya nuestra teoría respecto de la doctrina posesoria. De ella hemos expuesto un ligero bosquejo en la introducción de este tomo. Las diferencias entre nuestro pensamiento y el desenvuelto por el vigente Código son substanciales, pero esto, no obstante, dada la índole de nuestro libro, nos supeditamos al derecho legislado y aceptamos el molde clásico de posesión natural y civil en lugar de la abstracción de un concepto único en el que otros Códigos han fundido la variedad congénita á la relación posesoria.

E) Del animus en la possessio civilis.—Una advertencia previa. Como quiera que nuestros comentarios dicen relación inmediata al derecho legislado, tenemos que aceptar éste tal cual es, sin que por ello se restrinja ni merme en lo más mínimo nuestro derecho de crítica. El Código estriba en la intención de haber la cosa como dueño, la característica de la posesión civil. A esta intención se la denomina en el mundo jurídico con un enunciado muy gráfico: *animus domini*. Así, pues, cuando exponiendo la doctrina vigente empleemos la antedicha locución romana, entiéndase que habla el Código y entiéndase también que no nos hacemos solidarios del mismo, á lo menos en dicho particular.

El factor diferencial de que el legislador español se vale para distinguir la posesión natural de la civil es puramente inmaterial ó psicológico; consiste, valiéndonos de sus mismas palabras, *en*

la intención del sujeto que posee de haber la cosa ó derecho como suyos.

El elemento corporal representado por la tenencia es substancial á toda posesión; el elemento espiritual referido al dominio *(animus domini)*, sólo es de esencia en la posesión civil.

El usufructuario, v. gr., posee naturalmente la cosa usufructuada y no le sería posible obtener las utilidades anexas á todo usufructo sin estar en la tenencia de aquélla. Esto, no obstante, el usufructuario carece del *animus domini* por cuanto implícitamente reconoce el dominio de otra persona sobre la cosa, en la cual recae su derecho de usufructo.

En tesis general, podemos afirmar que en toda posesión coexisten el elemento corporal y el moral, la tenencia y la voluntad.

La voluntad del sujeto, libremente determinada, representa el elemento espiritual en su más lato concepto, y se ofrece á nuestra consideración informando aquel sentido de la posesión natural del que en este mismo comentario hemos dicho que comprende toda posesión.

Ya el Derecho Romano, generalizando, sentó el principio de que así como no podemos adquirir ninguna posesión *nisi animo et corpore*, tampoco podemos perderla sin dejar la cosa con intención de no poseerla (1).

Mediante esta regla tan sencilla, sancionaron los legisladores romanos el elemento psicológico de la posesión. La relación directa, inmediata que existe entre el sujeto y el objeto, entre el hombre y la cosa, el poder que de esta relación emana, no lo podemos imaginar jurídicamente, si hacemos caso omiso de la voluntad. Prescíndase de esta emanación del espíritu, de esta afección moral que pone en inmaterial contacto la personalidad con las cosas sobre las cuales recaen sus determinaciones, bórrese, en una palabra, la intención, y el hecho de la posesión carecerá en la esfera jurídica de toda significación y valor.

El poseedor natural no carece del *animus*. El acreedor pignoraticio que retiene en su poder la cosa empeñada, el arrendatario, el usufructuario, poseen naturalmente porque tienen el ánimo de poseer.

---

(1) Ley 8.ª, tít. II, Lib. XLI, Dig.
Ley 3.ª, § 1.º, Tít. II, Lib. XLI, Dig... «*Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.*»

Mas el contenido de la voluntad es amplio y se diversifica aceptando direcciones distintas. Así es que el *animus domini*, patrimonio de la *possessio civilis* no implica la absorción de todo el elemento moral ó psicológico. Es una de las fases de dicho elemento, por cuanto solamente supone la dirección de la voluntad en un determinado sentido.

Admitiendo el Código la posibilidad de una posesión legal sin la concurrencia del *animus domini*, desde luego se comprende que no es lícito referir á este último el simple ánimo de poseer.

Pero acabamos de manifestar que el contenido de la voluntad en tanto refluye en el derecho, es amplio. Así observamos que desde la voluntad imperfecta del niño ó del demente, hasta los actos conscientes del sujeto de derecho en la plenitud de su capacidad, media una serie de grados, todos los cuales constituyen el proceso, digámoslo así, del elemento moral de la relación posesoria.

El menor ó el incapacitado que caza una res, que coge una fruta, gana la posesión de la res ó de la fruta, y aunque por de contado se reconozca que su voluntad no es plena, que su capacidad es incompleta, nadie pondrá en duda que si el Derecho acepta como legítima la posesión ganada, es porque descubre que el acto generador de la tenencia, es el resultado material ó externo de una volición más ó menos perfecta.

No es esto sentar teoremas absolutos, pero aun cuando la fuerza de la naturaleza ó el movimiento instintivo de los animales produce en nuestros fundos, en nuestras propiedades, un aumento que se traduce por nuevas posesiones ganadas, el Derecho, siempre espiritual, procede en su discurso lógico por presunciones que nos muestran la voluntad del sujeto como última consecuencia.

No es, pues, de extrañar que algunos Códigos, y entre ellos el de nuestro país, siguiendo los derroteros del Derecho romano nuevo, hayan admitido que los menores de edad y los incapacitados puedan ganar la posesión, aunque igualmente proclamen la necesidad de la asistencia de sus legítimos representantes para usar de los derechos que nazcan de dicha posesión.

Obsérvese cómo en el anchuroso cerco donde la voluntad individual se desenvuelve, puede ésta ofrecérsenos ó como una

pura y sencilla volición, sin más transcendencia subjetiva que la ocupación y disfrute de una cosa, ó como producto de una reflexión determinada é influida por la idea de nuestro dominio sobre la cosa que estamos poseyendo.

En ambos casos encontramos el *animus* en su más genérica acepción, porque tanto en uno como en otro la voluntad coexiste con la tenencia de la cosa; pero basta observar la diversidad de los estados posesorios para comprender que en la situación jurídica primera la voluntad se contrae al hecho de tener la cosa y disfrutarla, al paso que en la segunda el *animus* se refiere directamente al dominio.

Sentados estos principios, mediante los cuales tratamos de alejar el peligro de la confusión, podemos afirmar que el *animus* como elemento integral de la *possessio civilis*, debemos traducirle con sujeción á las doctrinas desarrolladas por nuestro Código como *animus domini* ó *animus sibi habendi*.

Es suficiente que el poseedor natural de la cosa tenga intención de tratar ésta como dueño para que la posesión civil exista.

El Código procede, no en consideración á la raiz ú origen del hecho posesorio, sino en contemplación á un estado de conciencia que, de no derivarlo de una causa legal, de una ascendencia jurídica comprobada, habría en pura doctrina que presumirlo.

De esta extraña manera de construir el Derecho, de que el legislador patrio se vale, vendríamos á parar á la consecuencia singularísima que se condensa en estas palabras: Toda posesión se reputa civil mientras no se demuestre lo contrario.

Hablar de la intención y considerarla como el factor diferencial, como la nota característica de la *possessio civilis*, es, ciertamente, una candidez tan plácida, que si reúne de un lado los halagos de todo lo incauto y sencillo, muestra de otro un vacío que apena.

No hemos, sin embargo, de adelantar la acerba crítica que el segundo inciso del art. 430 merece. Sigamos exponiendo.

Si el *animus domini* lo llena todo, si teniendo la intención de poseer como dueños contamos lo suficiente para podernos calificar de poseedores civiles, reconozcamos por de contado que la tesis que Argou mantiene es la misma que profesa el Código, y que, por tanto, la posesión civil consiste en el *animus domini*, sea poseedor de buena ó mala fe.

Deduzcamos también otra consecuencia.

Estimando la *bona fides* con plena independencia del *animus domini*, cual si fuesen diversas capas de un estrato legal, la posesión civil queda reducida á la escasísima significación, en el Derecho legislado, de una abstracción sin realidad positiva, de un clasicismo arcaico, del término de una nomenclatura que, en el ánimo de muchos, está llamada á desaparecer.

El objetivo de toda posesión jurídica no es ni puede ser otro que el de lograr el dominio. Mas el *animus domini*, ó sea la intención de tratar la cosa como propia, no es suficiente para obtener tal resultado, si no concurre, además, la *bona fides*.

Si el *animus domini* genera por sí solo la *possessio civilis*, es indiscutible que, bajo este último dictado, no podemos comprender en modo alguno la posesión que conduce á la usucapión, porque para llegar á usucapir ordinariamente, la intención poco significa.

¿Será poseedor civil, v. gr., el que posee á sabiendas una cosa usurpada? Según el Código civil español, sí; porque además de la tenencia, el usurpador puede tener la intención de haber aquella cosa como propia.

Y no se arguya en contra que la frase «intención de haber la cosa como suya» sólo puede admitirse como contenido de la voluntad, porque aparte de reconocerse la inadecuada expresión de los conceptos, pondríase más de relieve la insustancialidad de un estado posesorio que no conduce á término eficaz.

Además, el Código estatuye la *possessio civilis* como antítesis ó contraposición de la *possessio naturalis*, y si ésta nos muestra en toda su generalidad la relación del sujeto con las cosas, aquélla ha de apreciar necesariamente esta relación, en cuanto se encamine á un fin preestablecido y sancionado por el Derecho. ¿Qué fin jurídico se alcanza con la tenencia unida al *animus domini?* Ninguno.

El mismo Código se encarga de comprobarlo. ¿Qué es, pues, la posesión civil en nuestro Derecho patrio? Ya lo hemos dicho: una abstracción sin realidad positiva.

¿Se necesita más demostración? Más hay.

Aunque el Código patrio no admite otras especies posesorias que las dos de natural y civil, y era consiguiente que en ambas radicase el contenido de la posesión, concurre una particulari-

dad muy digna de ser observada, y que, cuando menos, revela las incertidumbres, las zozobras, la falta de unidad y de convencimiento, la ausencia de criterio fijo, en una palabra, del jurisconsulto que tomó a su cargo legislar sobre la materia que estudiamos.

Esta particularidad consiste en que cuando el Código estudia la posesión como uno de los modos de adquirir el dominio, jamás habla del ánimo de dueño, ó en otros términos, de la intención de haber la cosa como propia, sino del concepto de dueño. Prueba de ello el art. 447, cuyo texto es como sigue: «Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en *concepto de dueño* puede servir de título para adquirir el dominio.» Más prueba: los artículos 1.940 y 1.941, cuya doctrina es la siguiente: Para prescribir ordinariamente el dominio, se requiere que la posesión sea en *concepto de dueño*.

Cuando el Código habla de ánimo de dueño y de concepto de dueño, ¿enuncia conceptos idénticos? Opinamos negativamente. Hay diversidad en las palabras y en su significación.

La intención de poseer como dueño, refiere generalmente la voluntad á tiempo venidero; el concepto de dueño, denota actualidad; la intención equivale á *animus;* el concepto significa *convictio*.

Podrá decirse que el Código adopta la frase *concepto de dueño* en oposición á concepto de usufructuario, superficiario, acreedor pignoraticio, etc.; pero esta hipotética objeción queda contestada con solo recordar que no pudiendo ninguno de los mencionados tener el *animus domini* por existir verdadera imposibilidad metafísica, no había para qué emplear una locución distinta, si se trataba con ella de expresar un mismo pensamiento.

Insensiblemente hemos penetrado en la jurisdicción de la crítica y apenas comenzado el análisis, hemos adquirido el convencimiento del imperdonable error en que ha incurrido el Código, atribuyendo á la posesión civil como su nota característica, la tención del poseedor de haber la cosa como propia.

Jamás ha existido en el Derecho tema más porfiado que éste, ncerniente á lo que debe entenderse por posesión civil. Desde s escuelas de los glosadores y las polémicas de Placentino y de ssien, hasta los autores modernos, cuyas opiniones hemos ex-

puesto en este mismo comentario, siempre ha reinado una manifiesta discordancia. El prurito de explicar la posesión civil por la interpretación de los textos muertos del Derecho romano, ha contribuído mucho á ese resultado. El Derecho moderno, rindiendo á los cuerpos legales de Roma el tributo sincero de admiración de que son dignos, se inspira más en los principios universales que en la inflexibilidad de unas leyes escritas para otros tiempos y otras circunstancias históricas y sociales.

Dé aquí la tendencia de las legislaciones civiles de la presente centuria.

Los Códigos extranjeros que con más frecuencia consultamos, prescinden de la antigua división en natural y civil. Acaso piensan, con Troplong, que, no obstante su clasicismo y su venerable antigüedad, ha sonado la hora de relegarla al archivo de los precedentes históricos. Fuera esto bueno con respecto á nuestra Novísima legislación civil, si, prescindiendo de los antiguos moldes, hubiese franqueado resueltamente los caminos ya planeados por las leyes francesas, y con tanta concisión y pureza científicas proseguidos por el Código lusitano. No ha sucedido así: han preferido nuestros civilistas seguir las huellas del Derecho patrio, y ciertamente habrían pecado de inconsecuentes si, prescindiendo de la distinción entre las dos especies posesorias natural y civil, hubieran enunciado un concepto genérico de la posesión, y considerando á esta última como medio de adquirir, la hubiesen dividido con exclusividad, en posesión de buena y mala fe.

Según en otro lugar de este mismo comentario hemos hecho notar, sólo un Código americano, el de Guatemala, acepta la distinción de natural y civil, pero se separa fundamentalmente de nuestro Código en cuanto califica de civil á la posesión que se adquiere por ministerio de la ley sin necesidad de la aprehensión corporal de la cosa. Es decir, que el Código guatemalteco parece calificar de posesión civil á la que algunos jurisperitos, siguiendo la nomenclatura de Baldo, denominaron civilísima.

Examinado con imparcialidad y con el auxilio de una crítica mesurada, el temperamento científico adoptado por el Código portugués, espontáneamente hay que prodigar la alabanza, porque despojando al concepto posesorio de toda adherencia tradicional, le considera simplemente como un estado de retención ó disfrute, y refunde en la existencia de un título adquisitivo y en

la ignorancia por el retenedor de los vicios de ese título, ó sea en la *bona fides*, la disparidad de que el Derecho antiguo adolecía. Para los legisladores lusitanos, el *animus* como intención de poseer es por de contado un elemento integrante de la relación posesoria, pero el *animus* referido al dominio, ó sea *animus domini*, se une por afinidad electiva con la que pudiéramos llamar, con perdón de Savigny, *convictio domini*. De esta fusión resulta la *bona fides*, como cualificativa de la posesión, que trae su origen de un título, única que el Derecho moderno reconoce en la esfera civil como posesión jurídica.

Mas no se crea que esta propensión de los científicos contemporáneos hacia una progresiva sencillez, es un movimiento recentísimo que ha trascendido á la vida positiva del Derecho en las páginas del Código civil de Portugal. No. Cuando Cujacio y sus secuaces escribían que posesión natural era la injusta, y posesión civil la justa, debió seguramente cruzarles por el pensamiento la noción de la *bona fides*, como fórmula armónica que resolvía en la unidad, el estrato legislativo, que la labor de los siglos había ido constituyendo.

Pero dando de lado á estas digresiones que nos sirven de ameno descanso en la larga ruta de nuestros estudios, continuemos analizando el art. 430.

Si algún decidido partidario de Savigny hubiese escrito este artículo, no habría trasladado con tanta fidelidad las frases del insigne romanista.

El que se tome la molestia de hojear, v. gr., la edición francesa de Staedtler, del *Tratado de la posesión en el Derecho romano*, encontrará en el § 9.° estas palabras: «...En su consecuencia, el *animus possidendi* no es otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad;» y unas cuantas líneas más adelante estas otras: «Resta sólo la segunda hipótesis, ó sea aquella en la cual la intención del poseedor se dirige al ejercicio de su derecho de propiedad; de suerte que el *animus possidendi* no es entonces otra cosa que el *animus domini* ó el *animus sibi habendi*.»

Ahora bien; ¿justifica esto la conducta del legislador español al traducir el *animus domini* á la *possesio civilis* y traduciéndolo por *intención* de haber la cosa ó derecho como propio? Según nuestro dictamen, en modo alguno. Savigny procede, dentro de sus doctrinas con rigorosa lógica, y se ocupa del *animus possidendi* como

elemento espiritual ó psicológico de la posesión; por eso lo define como *intención;* por eso distingue entre el *animus possidendi* y la *opinio seu cogitatio domini;* por eso, finalmente, aplicando estas distinciones, sostiene que el ladrón y el salteador, de igual manera que el propietario, pueden tener también la posesión de la cosa robada, á la inversa del arrendatario, que no posee porque no considera la cosa como suya.

Nada significa ni nada importa que el ilustre creador de la escuela histórica diga en el § 20 de su hermoso estudio crítico sobre la posesión en el Derecho romano, que la voluntad *(animus)* que acompaña al acto físico de la aprehensión, consiste en la intención de tratar la cosa como si nos perteneciera. Y sostenemos más nuestra afirmación porque Savigny habla del *animus* en su concepto más general, más amplio, más extenso, y si lo refiere á la intención es porque, con efecto, el elemento interno ó espiritual de la posesión en cuanto ésta supone una relación del hombre con la cosa, mediante la tenencia, estriba en el deseo, en el designio, en la intención, en una palabra, de tratar aquella cosa de igual manera que si fuese de nuestra propiedad.

El error en que incurre el legislador español radica, á nuestro parecer, en derivar la *possessio civilis* de la existencia de una intención, de un *animus* que no conduce á ningún resultado jurídico, aparte de que lo mismo puede aplicarse á la *possessio naturalis* en su fase ó aspecto de antítesis ó contraposición.

Intención de tratar la cosa como suya tiene el ladrón y el bandolero; intención tiene también el poseedor de mala fe; de esta intención no carece el usurpador, y, sin embargo, no es posible admitir que el Código haya querido considerar como poseedores civiles á los usurpadores, á los ladrones y á los bandoleros. ¿Qué diferencia mediaría entre el que poseyera en virtud de un título en la creencia de dueño y en la absoluta ignorancia de los vícios de que su título adolecía, y aquel otro que estuviera poseyendo una cosa á ciencia cierta de la usurpación?

Nuestra tesis acaso se tache de aventurada; los espíritus apegados á lo tradicional verán en la opinión que profesamos un quebrantamiento de los dogmas jurídicos consagrados por la antigüedad; los rigoristas de la letra reprocharán de audaz nuestro criterio, pero á despecho de las censuras y de los contradictores, profesamos una doctrina, la sentimos con espontancidad y la e-

ponemos sin recelo. La *possessio civilis* no consiste en la intención de tratar ó de haber la cosa como propia, sino en la *convictio domini*, es decir, en la creencia, en la convicción de que la cosa que estamos poseyendo nos pertenece.

Algunos autores opinan del mismo modo, y sin ir más lejos, el Código portugués es una prueba viva de nuestra tesis.

Por posesión civil únicamente podemos entender la que se nos ofrece como una anticipación del dominio ó como un dominio imperfecto; trayendo su raíz de un título cuyos vicios ignore el poseedor, amparada por las presunciones legales defensivas, sean éstas integrales ó complementarias, y por los medios ofensivos (acciones posesorias), y finalmente perfectible hasta su consolidación con el dominio, en el lapso ordinario sancionado por las leyes.

Esta es la *possessio civilis* que el Derecho debe reconocer. ¿Se desvirtúa por ello la noción de la *possessio naturalis* en su doble fase ó concepto? Creemos que no. El concepto amplio y generalísimo en cuya virtud la posesión natural comprende á toda otra posesión, persiste, porque la posesión civil no deja de mostrarse en el orden de la naturaleza con la misma apariencia ó exterioridad. El concepto antitético á la *possessio civilis* tampoco resulta quebrantado, porque no es lo mismo la situación jurídica del mero detentador que la del que posee en virtud de título.

Hemos manifestado que para nosotros la nota diferencial de la posesión civil consiste en la *convictio domini*. Estas palabras requieren, por nuestra parte, una breve explicación. Por *convictio domini* queremos expresar tanto como creencia de ser dueño de la cosa poseída. Rasgos afines mantiene este concepto con el de la *bona fides*, pero esta observación no puede envolver censura, toda vez que, según dejamos dicho, el anhelo de todo buen legislador debe ser el de condensar, como lo ha hecho el Derecho civil portugués, en un término único el defecto de la redundancia cualificativa de un estado jurídico.

La *convictio* dice relación al espíritu, como quiera que la di- pt amos por el elemento moral de la *possessio civilis;* pero en la co victio están comprendidas y como encerradas las dos propieda- de más características de dicha posesión civil, la que atañe á su or en y la que concierne á su finalidad. La posesión civil ha de tr - su raíz de un título adquisitivo, sea éste originario ó deri-

vado. Nadie puede considerarse dueño de una cosa si no la adquiere por virtud de un título; luego la *convictio* implica el título, y consiguientemente la causa ú origen de la posesión civil.

De otro lado, el que posee en la persuasión de que es dueño de la cosa poseída, podrá tener un dominio imperfecto, pero no imperfectible, porque es principio no contradicho ni desmentido el de que para usucapir se ha de poseer en concepto de dueño. Y he aquí cómo la *convictio* implica á su vez la perfectibilidad, mediante la cual podemos alcanzar el dominio, fin ulterior de la *possessio civilis*.

La *convictio* arguye la razón desenvolviéndose y produciendo efectos sociales que el Derecho se encarga de recoger y encauzar hacia un fin jurídico: el dominio.

Ahora comprenderán con perfecta claridad nuestros lectores por qué, siguiendo nuestro pensamiento análogos derroteros al de los legisladores del vecino reino de Portugal, pero forzados por el Derecho escrito al reconocimiento de la posesión civil, vemos en la *convictio* el carácter substancial que la retrata y significa.

Con verdadero sentimiento tenemos que alejarnos de estas cuestiones, contentándonos con sintetizar en los más salientes rasgos nuestra opinión. Contrariaríamos nuestro propósito si diéramos á las investigaciones doctrinales más espacio del que aun con cierta laxitud consienten unos comentarios.

Aspectos interesantísimos de la *possessio civilis* réstanos todavía por tratar, pero como al ocuparnos de la adquisición de la posesión hemos de encontrar lugar más acomodado y más propicio para su desarrollo, terminamos de presente con las nociones expuestas acerca del concepto de la posesión civil, con tanto más motivo, cuanto el art. 430 del Código se limita á definirla por vía de complemento y habida consideración á la nota ó propiedad que considera más característica.

De la posesión en la ley Hipotecaria.

A) No debemos pasar en silencio un punto de tanta transcendencia como el relativo á la relación posesoria, en cuanto es afectada por la inscripción en el Registro público de la Propiedad

No es sólo el dominio como síntesis suprema de nuestro poder y de nuestro derecho de libre disponibilidad, el que se subordina á una rúbrica adjetiva tan substancial como la inscripción; la o-

sesión como derecho similar del dominio puede ser asimismo inscrita, constituyendo de este modo una eficacísima garantía para el poseedor que, previos los medios legales, logra hacer constar en los libros del Registro el resultado de la información practicada.

Nada más expresivo que estas palabras que nos vamos á permitir copiar de la notabilísima Exposición de motivos que precede á la ley Hipotecaria de 1861:

«La Comisión no podía hacer caso omiso de un hecho demasiado general en nuestra patria. Este es la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad ú otros derechos reales que legítimamente les corresponden. Debido es esto, ya á la subdivisión excesiva del suelo en algunas de nuestras provincias, ya á las guerras civiles y extranjeras que han ensangrentado el territorio español, ya á los incendios y ruinas que en la serie de los siglos han tenido lugar, ya al poco esmero en la conservación de los Archivos, ya, por último, á la incuria de los propietarios. Pero cualesquiera que sean las causas, no puede desconocerse que esta falta de titulación hace desmerecer mucho á la propiedad, la cual aparece sospechosa ó insegura, y por consiguiente, falta del valor que sin tales circunstancias tendría á los ojos de los que, deseando adquirirla, creyeran poder hacerlo sin riesgo.

»De aquí resulta la necesidad de procurar que á la titulación perdida ó nunca formada reemplace una titulación nueva, la cual, si bien no podrá inspirar desde luego tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesión, y con el transcurso del tiempo y con llegar á ser más antigua que la prescripción más larga, será tan buena y tan segura como la titulación más completa. Este es uno de los puntos más interesantes de la ley.

»No puede dudar la Comisión cuál debe ser el principio de esta titulación nueva. Por más que las informaciones de testigos sean poco apreciables, tratándose de cuestiones sobre derechos, son frecuentemente las únicas pruebas posibles cuando se ha de acreditar la existencia de un hecho. Admítese, pues, este modo de pr ar en la imposibilidad de otro mejor, por no existir la titulaci antigua y por haber desaparecido las huellas para encontr la. Con esmerada diligencia ha procurado la Comisión fijar la rma y requisitos de estas informaciones, declarando que su

objeto es hacer constar la posesión en que está el reclamante del derecho que desea inscribir, señalar los documentos que han de presentarse, la Autoridad ante quien debe promoverse el juicio, con audiencia del Promotor fiscal ó del Síndico del Ayuntamiento en su caso, si se trata de la inscripción del dominio, y con la del propietario y de los demás partícipes en la propiedad si se quiere justificar la posesión de un Derecho real, el número de testigos, sus cualidades, el modo de probarlas, la extensión de sus declaraciones, la responsabilidad en que incurren por la inexactitud de sus dichos, el modo de salvar los derechos de los partícipes que estén ausentes, la forma de entablar las reclamaciones contra la inscripción, la clase de juicio en que han de ventilarse, la resolución de los expedientes y las circunstancias que debe tener la inscripción decretada por el Juez.

»Pero no contenta la Comisión con estas precauciones, propone que los Registradores, antes de hacer inscripciones en virtud de información, examinen cuidadosamente el Registro para asegurarse de las relativas á la finca que por consecuencia del nuevo asiento puedan quedar total ó parcialmente canceladas; que si de esta averiguación resulta algún asiento de adquisición de dominio no cancelado que se halle en contradicción con el hecho justificado, suspendan la inscripción, tomando una anotación preventiva hasta que, enterado el Juez y oída la persona que en el asiento aparezca interesada, confirme ó revoque el auto de aprobación; mas si sólo resulta haber un asiento no caducado de censo, de hipoteca ó de otro derecho real impuesto sobre la finca que ha de inscribirse, entonces que se haga expresión de él en la inscripción que se extienda.

»Cree, pues, la Comisión, que ha hecho lo posible para que la nueva titulación no tenga por base la sorpresa ó el despojo y para que los derechos bastardos no se sobrepongan á los legítimos al satisfacer la necesidad, por todos reconocida, de establecer los medios para que toda propiedad que carezca de títulos pueda llegar á obtenerlos.

»Mas estas informaciones, por más que se haya procurado rodearlas de cuantas precauciones son posibles para que correspondan á su objeto, no pueden favorecer ni perjudicar á terceros, sino desde la fecha de su inscripción: para ello no toma la posesión más importancia ni más valor que el que las leyes le atribuyen,

ni se perjudica siquiera al verdadero propietario, aunque no tenga inscrito su título; todos los derechos conservan su antigua naturaleza; la cabeza de la nueva titulación sólo podrá de pronto producir efecto contra los que tengan títulos más débiles, y sólo con el transcurso del tiempo, si no aparece alguno que acredite mejor derecho, será un título verdadero de propiedad, porque la posesión continuada, el concepto público de dueño y el lapso de una larga serie de años, concluyen por introducir la presunción *juris et de jure*, de que el poseedor es dueño de la cosa, abriendo la puerta, aun sin título ni buena fe, á las prescripciones extraordinarias.»

Los motivos jurídicos en que la Comisión se apoyó, y que dejamos transcritos, revelan con toda espontaneidad las notas ó propiedades características de la posesión hipotecaria.

El anhelo del legislador es, según de sus palabras se desprende, convertir el Registro de la Propiedad en un reflejo exacto de la misma, proveer de título escrito á los inmuebles que carezcan de él, sea cualquiera la causa de la carencia, y aunando el interés colectivo con el mayor celo individual y sin quebrantar los principios que rigen en punto á la materia prescriptiva, otorgar á los que acrediten la posesión y la inscriban, las ventajas inherentes á su consignación pública y solemne en el Registro.

La ley Hipotecaria necesariamente había de restringir la amplitud de contenido de la posesión considerada en la esfera generalísima del Derecho común, limitándola ó condicionándola por los principios exclusivos que informan la inscripción.

Como quiera que la inscripción no puede efectuarse sin la existencia previa de un título escrito, rodeado de los requisitos y solemnidades requeridos por la ley, la más pura, la más perfecta relación de dominio dentro del estricto Derecho civil, no significa en el campo hipotecario, cuando este dominio no aparece consignado en un título inscribible, sino una mera posesión, un mero hecho que, demostrado como tal hecho y consignado en el Registro, puede convertirse en dominio á virtud de la prescripción.

Así es que bajo el rasero del *título escrito*, se nivelan en el Derecho hipotecario la posesión civil y la mera tenencia, el dominio cuyo título sea indemostrable y aun el demostrable mientras no se pronuncie y declare á tenor del art. 404 de la ley Hipotecaria.

Dadas estas ideas generales, nos limitaremos á exponer los efectos que se derivan de las inscripciones de posesión.

El principio cardinal que informa la inscripción posesoria es el de no modificar el derecho del poseedor en derecho de dueño. Como dice un distinguido escritor, los títulos posesorios no son otra cosa que de presunción de dominio, y reconocerles otra influencia equivaldría á destruir los principios de la prescripción, creando en su lugar una extraordinaria, cuya singularidad consistiría en convertir instantáneamente, y por el solo efecto de la inscripción, la posesión en dominio.

Basta enunciar esta absurda consecuencia para comprender el fundamento con que la Comisión escribió en la Exposición de motivos estas palabras: *Por la inscripción no toma la posesión más importancia ni más valor que el que las leyes le atribuyen.*

Mas si no trueca la presunción en dominio, confiere al poseedor eficacísimas garantías. *Beatus in jure qui possidet*, viene repitiendo el mundo jurídico con la insistencia del aforismo; *Beatus in jure qui possidet*, porque el poseedor, amparado por las presunciones jurídicas defensivas, no puede ser privado de su posesión mientras no sea vencido en juicio y se declare el dominio de un tercero ó un mejor derecho posesorio.

Este efecto, indeclinable, necesariamente había de repercutir en la legislación hipotecaria. De aquí que *inscrita la posesión, no pueden inscribirse títulos de dominio anteriores ó posteriores á la inscripción.*

La doctrina de la posesión, considerada desde el punto de vista del Derecho hipotecario, no deja de ofrecer obscuridades y sombras que han dado margen á la división de las opiniones y á la disconformidad de los pareceres. Sin apartarnos del efecto jurídico que acabamos de mencionar, nótase que mientras los señores Galindo y Escosura, por ejemplo, en sus *Comentarios*, sostienen en toda su integridad el principio de que la posesión inscrita impide que puedan inscribirse títulos anteriores ó posteriores á la inscripción, otros escritores defienden la tesis de que la inscripción posesoria á favor de una persona no impide que se inscriba el dominio á favor de otra.

No es este lugar propicio para reseñar la polémica y los argumentos aducidos por unos y por otros. Baste saber que la Dirección general de los Registros, en resolución de 30 de Ene-

de 1882, en armonía con el art. 402 de la ley Hipotecaria, ha considerado como lícita en derecho la posibilidad de que una inscripción posesoria cancele una de dominio.

Otras varias resoluciones pudiéramos citar en corroboración de la doctrina expresada, pero el espíritu de todas ellas se condensa en la de 24 de Julio de 1886 (*Gaceta* del 11 de Agosto), según la cual, «habiéndose inscrito la posesión y no el dominio de unas fincas, esta inscripción no puede perjudicar en ningún caso á las personas que, según sentencia ejecutoria, tienen mejor derecho á la propiedad de los referidos inmuebles, con arreglo á lo dispuesto en el párrafo 4.° del art. 403 de la ley Hipotecaria, sin que sea tampoco obstáculo que las expresadas fincas hayan sido trasmitidas por título de venta á tercera persona, porque semejante traslación no altera la naturaleza jurídica de la cosa que se trasmite, con tanto más motivo cuanto que tampoco ha podido convertir ésta en dominio por no haber transcurrido el tiempo necesario para la prescripción».

La aparente dureza del principio que hemos enunciado, subrayando las palabras, viene á templarse por la resolución transcrita.

No es que en absoluto y sin género ninguno de excepción, una vez inscrito el hecho actual de la posesión, no pueda ya inscribirse ningún título de dominio anterior ó posterior á la inscripción; es que la virtualidad del título no es obstativa del estado posesorio inscrito, mientras no se pronuncie así por los Tribunales de justicia, únicos á quienes privativamente compete declarar la preferencia de los derechos. Así, por otra parte, lo comprueba la resolución de 17 de Diciembre de 1885, á cuyo tenor la inscripción posesoria respecto de una finca á favor de una persona es obstáculo á la inscripción de dominio que pretenda el Estado, porque aunque éste tenga en su abono los títulos fehacientes, carece la Dirección de competencia para declararle su mejor derecho, por ser atribución privativa de los Tribunales, únicos que pueden anular los asientos del Registro.

Las inscripciones de posesión se entienden siempre sin perjuicio de tero de mejor derecho, ó lo que es igual, valiéndonos de las presivas palabras que emplean los Sres. Galindo y Escosa:

«Las inscripciones de posesión se entiende siempre que perju-

dican á todos los que no tengan mejor derecho.» Así se deriva del artículo 399 de la ley Hipotecaria (1).

Así también lo confirma la Resolución de la Dirección general de los Registros de 19 de Noviembre de 1885. «Inscrita la mera posesión de unas fincas á nombre de determinada persona, todos los asientos que arranquen de ése, deben ser también de posesión, á menos que una sentencia firme declare que la prescripción convirtió aquel derecho en dominio, ó bien que se presente un título justificativo de la propiedad de la misma persona.»

«Las inscripciones de posesión son siempre, sin perjuicio de tercero, de mejor derecho, consecuencia de la naturaleza propia del hecho posesorio, por cuya razón, los derechos que se constituyen por el poseedor sobre la finca poseída, llevan consigo la amenaza de una rescisión si llegase el caso de promover el dueño la acción reivindicatoria, y obtener por su mediación la nulidad de la inscripción posesoria.»

Como á pesar de lo escabroso y áspero de estas materias que estudiamos, y la dificultad de disipar, mediante una acertada interpretación, las obscuridades que sobre las mismas se ciernen, no por eso deja de percibirse el encadenamiento de los principios y la concentración de la doctrina hacia un foco principalísimo, cual es el de la integridad del estado posesorio, observaremos que, si bien el poseedor que inscribe su posesión se equipara al dueño en cuanto puede libremente enajenar y gravar los bienes poseídos, quedan estas enajenaciones y gravámenes condicionados por la resolución posible, ó, dicho en otros términos, por la nulidad de la inscripción posesoria, si alguno, ejercitando el *jus vindicandi*, venciese en el palenque judicial y los Tribunales de justicia declarasen su derecho de dominio.

Estas dudas é incertidumbres, que han de alzarse restringiendo la contratación, durarán tanto como el lapso necesario para consolidar el dominio por la virtualidad de una prescripción extraordinaria. No hay que olvidar que la posesión que puede ser objeto de inscripción consiste en el hecho material de poseer y

(1) Art. 399. Siendo suficiente la información practicada en forma prevenida en el anterior artículo, y no habiendo oposición de parte legítima, ó siendo desestimada la que se hubiere hecho, el Tribunal aprobará el expediente y mandará extender en el Registro la inscripción solicitada, *sin perjuicio de tercero de mejor derecho*.

disfrutar un inmueble, según expresa la Resolución de 18 de Agosto de 1873, en estrecha armonía con la regla 8.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria.

Y he aquí cómo la misma corriente natural que seguimos en la exposición de la doctrina nos conduce como por la mano á presentar uno de los efectos de más transcendencia de la inscripción posesoria. El art. 403 de la ley Hipotecaria lo pone de relieve con estas palabras: *Que el tiempo de posesión que se haga constar como transcurrido, cuando la inscripción se verifique, se cuente para la prescripción que no requiere justo título, á menos que aquel á quien ésta perjudique, lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo con arreglo al derecho común.*

Parece á primera vista que el precepto de este artículo encierra una contradicción con el del art. 35. Este dice: «La prescripción que no requiere justo título (ó sea la extraordinaria) no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla...»

«El término de la prescripción principiará á correr en uno y otro caso desde la fecha de la inscripción.»

Ahora bien: si según este artículo la posesión inscrita sólo perjudica á tercero á contar desde la fecha de la inscripción, y á tenor del art. 403 aprovecha al inscribente y en su consecuencia perjudica al tercero todo el tiempo anterior á la inscripción, con tal que el que pudiera resultar lesionado no se oponga ó se desestime su oposición: ¿cómo compaginar estas dos disposiciones, en la apariencia tan antinómicas, obteniendo un término único que suavice los rozamientos, sin que padezca el Derecho? A nuestro juicio, la pugna radica, digámoslo así, en la superficie. Traspasando ésta, reina completa calma y armonía.

El art. 35 y el 403 están en la misma directa relación que el principio general y su aplicación á un caso de la vida jurídica, es decir, á un caso real, á un sucedido práctico. El primero proclama con latitud dogmática, la doctrina defensiva de los derechos de tercero, sin consideración al tiempo que el poseedor poseyera [illegible]s de acreditar é inscribir el hecho de su posesión; el segundo, apartarse de la severidad del principio, lo considera en cuanto quiescencia tácita del dueño puede comunicar eficacia jurí[illegible] á la posesión no contradicha.

[illegible] cuestión, por lo tanto, si de tal podemos calificarla, se

simplifica extraordinariamente, y en puridad queda reducida á dilucidar quién es ese perjudicado de quien la ley habla, en el caso de que no contradiga el hecho de la posesión no inscrita durante el lapso de tiempo que se alegue, ó en aquel otro caso en que se desestime la contradicción. Y en punto á este particular se expresan con tanta lógica, proceden con tal conocimiento y tal sentido de la legislación hipotecaria, sus más competentes comentaristas, Sres. Galindo y Escosura, que sería ciertamente imperdonable dejar de trasladar sus palabras. Helas aquí:

«Dos medios tiene el poseedor por treinta años para justificar el tiempo que está en posesión y que ha de tenérsele en cuenta para prescribir.

»Primer medio. El pleito ordinario, si le disputan el que haya prescrito; de cuyo pleito ha de resultar si ha poseído todo el tiempo necesario para adquirir el dominio contra el dueño legítimo.

»Segundo. Otro más sencillo: justificar en la información posesoria el tiempo que está poseyendo, haciéndolo constar en la inscripción; si el dueño legítimo, único á quien perjudica la prescripción que nazca de la posesión no inscrita, no se opone á la verdad y exactitud del tiempo que prueba que ha poseído, le perjudicará ya para la prescripción; es decir, no tendrá ya necesidad el poseedor, si tuviese pleito, de justificar desde cuándo posee; porque el asentimiento tácito del dueño al no contradecir el asiento, le exime de prueba respecto al tiempo inscrito, siendo la más fehaciente la misma inscripción. Mas si se opone el legítimo dueño, si niega la certeza de que haya poseído el tiempo que se marca en las diligencias posesorias, entonces ya no produce ningún efecto, aunque constare en el Registro el tiempo anterior de posesión, sino que ha de acudir el poseedor al pleito ordinario para justificar desde cuándo goza y disfruta de la finca. De manera que, si bien el poseedor no tiene necesidad de inscribir su posesión para que produzca efectos contra el legítimo dueño, si la inscribiera para que los produjese contra tercero, y en la inscripción hiciese constar que poseía 10, 15 ó 20 años, no perjudicarían al tercero estos 10, 15 ó 20 años, pero perjudicarían al dueño que no se opusiere, no por la inscripción, que respecto á éste es innecesaria, sino por su asentimiento tácito á la inscripción, que podía contradecir y rechazar, y no rechazó ni contradijo.»

Una consecuencia inmediata de los efectos señalados, un complemento de los mismos es el que se enuncia con estas palabras: «*Las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha, solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesión, y en ningún caso recaerán en perjuicio del que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito*» (art. 403 de la ley Hipotecaria). Las palabras *en ningún caso* podrán engendrar en algún ánimo caviloso sospechas de contradicción, pero es suficiente hacer notar la eficacia jurídica de la prescripción adquisitiva, sea ésta ordinaria ó extraordinaria, para obtener el convencimiento de que, tan absoluta negativa se restringe por las reglas y principios que consideran á la prescripción como uno de los medios de adquirir el dominio.

Como nota final, diremos que lo que dejamos expuesto en los párrafos que preceden sobre las inscripciones de posesión, no es aplicable al derecho hipotecario, el cual no podrá inscribirse sino mediante la presentación del título escrito.

Así lo confirma, entre otras resoluciones, la de 23 de Julio de 1863, según la cual, «un expediente posesorio es bastante para hipotecar las fincas poseídas, pero no para inscribir el derecho hipotecario, cuyo derecho, á tenor de lo que establece el art. 410 de la ley, no se puede inscribir sino mediante título escrito».

Réstanos hablar de los trámites especiales establecidos por la ley para demostrar el estado posesorio y conseguir su inscripción; pero como quiera que su enunciado nos ocuparía mucho espacio, y por la índole de estos estudios no podemos detenernos en su análisis, preferimos agrupar el aludido procedimiento y las resoluciones recaídas en un apéndice, donde podrán consultarlo nuestros lectores.

B) De la inscripción posesoria de los bienes del Estado.—Dicha inscripción se nos ofrece condicionada por los organismos económicos del Estado, en cuanto la supeditan al cumplimiento de un requisito previo, sin el cual no perjudicará á aquél.

El art. 26 de la vigente ley de Presupuestos determina qne las inscripciones de posesión de los bienes del Estado no perjudicarán á éste si los interesados no diesen previo conocimiento de esas á la autoridad económica. Otras disposiciones contiene el mismo artículo, las cuales podrán ser examinadas en el Apéndice. (*Véase Apéndice núm. 1.*)

ART. 431. La posesión se ejerce en las cosas ó en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, ó por otra en su nombre.

Concordancias.—Igual al art. 436 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXX, ley 3.ª*—Tenencia, e possession de las cosas puede ganar todo ome por si mismo que aya sano entendimiento. Otrosi los fijos, e los sieruos que tiene en su poder, la pueden ganar por el, e sus personeros. Ca en qual cosa quier que alguno destos sea apoderado en nombre del padre, o del señor, o de aquel cuyo personero es, gana la tenencia el otro, en cuyo nombre lo apoderaron della, tan bien como si el mismo la tuuiesse. Otrosi dezimos, que si el fijo gana en su nombre tenencia de alguna cosa, de mientra que está en poder de su padre, que non sea de aquellas que son llamadas castrense, vel quasi castrense peculium, que non tan solamente gana el fijo tal tenencia como esta, mas aun el padre por razon del vsofruto que ha de auer en su vida, en las ganancias atales que el fijo faze, segun dize en el Título que fabla del poderio que han los padres sobre los fijos.

Part. 3.ª, tit. XXX, ley 4.ª—Guardador de huerfano, o de loco, o desmemoriado, o de ome que fuesse desgastador de sus bienes, bien puede ganar la tenencia de toda cosa que ouiere en nombre de aquel que tuuiere en guarda. Esso mismo dezimos, que si el oficial del Comun de alguna Cibdad, o Villa, que aya a amparar, o a recabdar los derechos della, gana tenencia de alguna cosa en nombre del Comun cuyo oficial es, que la gana para aquel Comun cuyos bienes auia de recabdar, tan bien como si a todos comunalmente ouiesse apoderado della.

ART. 432. La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: ó en el de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona.

Concordancias.—Análogo al art. 426 del proyecto de Código de 1851, é igual al 437 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXIX, ley 22.*—Perezoso seyendo algund ome treynta años continuadamente, que non damandasse en juyzio sus debdas, a aquellos que gelas deuiessen, pudiendolo fazer, si dende adelante gelas quisiesse demandar, poderse y an amparar contra el por este tiempo, e non serian tenudos de gelas pagar; si non quisiessen. Empero, si algund ome tuuiesse arrendada, o alogada, de otro alguna casa, o viña, o otra heredad, por que le ouiesse a dar cada año a tiempo cierto señalada renta, o loguero maguer fuesse tenedor de aquella renta treynta años, non la podria ganar por este tiempo, nin aun por otro mayor. E esto es, porque non es tenedor della por si, mas en nombre de quien la tiene arrendada, o alogada.

Part. 3.ª, tit. XXX, ley 5.ª—Labradores, o yugueros, o los que tienen arrendadas, o alogadas cosas agenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos, en cuyo nombre tienen el heredamiento. E por ende, quanto tiempo quier que ellos las tuuiessen assi, non ganarian el señorio por ello. Pero aquellos que tienen a feudo algund heredamiento, o han ende el vsofruto dello, o lo tienen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la possession dellos. Pero en saluo finca el señorio a sus dueños: de manera, que estos atales por tal tenencia como esta non ganan la propriedad dellas, quanto tiempo quier que las tengan.

Part. 3.ª, tit. XXX, ley 10.—Seyendo algun ome apoderado de casa, o de heredamiento, o de otra cosa qualquier por aquel que la tiene, o por su mandado, gana la tenencia verdadera della. Esso mismo seria, si lo apoderasse el Judgador, o su mandado, por razon de paga, o porque auia vencido en juyzio la cosa, prouando que era suya. Mas si el fuesse apoderado della por mengua de respuesta, o porque el la entrara por fuerça, o la robara, como quier que el sea tenedor, non ha por ende la verdadera possession. Ca viniendo su dueño, puedela cobrar, assi como mos en las leyes que fablan en esta razon.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 431 Y 432.

Antecedentes.—La posesión *se ejerce*, dice el art. 431, en las cosas

ó en los derechos, por la misma persona que los tiene y los disfruta, ó por otra en su nombre. El mero enunciado del precepto descubre su colocación defectuosa. El ejercicio de la posesión supone necesariamente la adquisición de la misma; *ergo* sin haber desarrollado la doctrina concerniente á este último extremo, no ha debido el Código hablar del ejercicio de la posesión. Esto de desparramar las materias sin el debido sometimiento á un orden expositivo lógico, no es un mero defecto de plan sin transcendencia ninguna; revela falta de temperamento científico; demuestra el escaso cuidado con que se ha procedido á la separación de los dos factores integrales constitutivos del art. 2.228 del Código francés; evidencia, en una palabra, la verdad con que un distinguido Catedrático y competente civilista califica nuestro Código civil de desgracia legislativa.

Copiar es muy sencillo; asimilar ya no lo es tanto; pero asimilar comunicando á lo asimilado los tonos característicos de la individualidad que asimila, entra en la categoría de los actos reflexivos y generados por una meditación persistente. El legislador patrio en el art. 431 se ha limitado á copiar, ó mejor dicho, á partir por gala en dos, el art. 2.228 del Código civil de la República vecina, para utilizar uno de sus elementos integrales, ya que el relativo á la noción posesoria había de ser suplido por la sana ascendencia del derecho patrimonial.

Comprobemos nuestro dicho. Expresa el aludido art. 2.228 que la posesión es la ocupación ó disfrute de una cosa ó de un derecho que se tiene *ó ejerce por uno mismo ó por otro que la tiene y ejerce en su nombre.*

Englobados ambos conceptos, el de la posesión y el de su ejercicio personal, en el marco de una definición, podrá ser ésta tachada de incorrecta y confusa, pero la disonancia jurídica no se produce, toda vez que el hecho de definir en un Código no supone otra cosa sino la anticipación de los rasgos más salientes y típicos de la institución jurídica definida, como punto de arranque á su desarrollo en el articulado.

El Código español no pudo valerse de la noción posesoria expuesta por el derecho francés, porque, apartándose de la conducta del legislador de 1851, prefirió acogerse al clasicismo jurídico en punto á las dos especies natural y civil de la posesión. Descartado este primer elemento, quedábale el segundo, contenido en estas

palabras: «...*que nous tenons ou que nou exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en nôtre nom*».

Y sin atender á más, la Comisión de Códigos tradujo: «*La posesión se ejerce en las cosas ó en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, ó por otra en su nombre.*» He aquí la génesis del art. 431.

Ahora nos explicaremos cómo un mismo principio puede enunciarse sin defecto en una definición; y al ser expuesto aisladamente, debe subordinarse á las reglas de la lógica jurídica.

Pero prescindiendo de su colocación, el art. 431 sienta una regla de indiscutible importancia para la doctrina posesoria. La mejor prueba que podemos ofrecer de este aserto consiste en la unanimidad con que los Códigos la consignan.

El Código de Italia en su art. 685, calcado en el 2.228 del de Francia, establece que la posesión la podemos ejercitar ó por nosotros mismos ó por medio de un tercero en nuestro nombre.

El Código lusitano, siempre inspirado en la más científica corrección, dice en el art. 481: «La posesión puede adquirirse y ejercitarse, tanto en el propio nombre como en el de otro.» Si el legislador español, en lugar de beber su inspiración en el Derecho francés, hubiérase atemperado al de Portugal, no habría incidido en el vicio jurídico, digámoslo así, de tratar del ejercicio posesorio antes que de su adquisición.

Sigue el Código de la República chilena las huellas del Código Napoleón; y valiéndose del mismo modelo, ha sido escrito el art. 919 del Código mejicano.

Guatemala se aparta de estos rumbos un tanto defectuosos. Para definir la posesión no hace falta decir por quién se ejerce; más lógico es expresar por quién se adquiere. Por esto en el artículo 528 expone la siguiente doctrina, que vamos á copiar.

Tomán posesión sin intervenir personalmente:

1.° Los hijos por medio de su padre ó madre.

2.° La mujer por medio de su marido.

3.° Los que están bajo tutores ó guardadores por medio de éstos.

° El poderdante por medio de su procurador.

' El dueño por medio de su arrendatario.

° Los pueblos, las Corporaciones y el fisco por medio de las ionas que las representan.

Mucho había que discutir acerca de la conveniencia de estas enumeraciones. Nosotros preferimos la condensación en una regla preceptiva á esta minuciosidad peligrosa, pero no por eso hemos de negar al Código guatemalteco su originalidad y buen propósito.

La enseñanza que del estudio comparado de las legislaciones deducimos nos revela que los Códigos extranjeros, unos en la definición del concepto posesorio, otros por virtud de una regla abstracta, otros, finalmente, por un procedimiento enunciativo y detallado de diversidad de casos, han expuesto el principio de la *possessio alieno nomine*, y sin que ninguno de ellos haya incurrido en el defecto censurable de la anteposición de doctrina.

Mas porque nuestro Código haya procedido involucrando, no hemos de involucrar también nosotros. La exégesis nos obliga á tratar del art. 431 antes de habernos ocupado de la adquisición de la posesión, pero supliremos este método anacrónico, con referencias lo más exactas que sea posible.

Nadie desconoce el parentesco íntimo que media entre la adquisición y el ejercicio de la posesión. Este último es el consiguiente de aquélla. La adquisición de la posesión podemos considerarla objetiva y subjetivamente. Con relación al objeto, la posesión se adquiere, ó por la ocupación material de la cosa, ó por la subordinación de esta misma cosa á nuestra voluntad sin el acto físico de la aprehensión.

Por lo que al sujeto atañe, la posesión se adquiere: directamente por la misma persona que va á disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario, y aun por un tercero sin mandato, siquiera en este último caso no se repute jurídico su ejercicio, mientras no sea ratificado el acto posesorio por la persona en cuyo nombre se adquirió la posesión.

La adquisición posesoria, desde el punto de vista del sujeto, es el antecedente necesario del art. 431.

Si la posesión se adquiere por la misma persona que va á disfrutarla por su representación legal y por su mandatario, es llano que la posesión puede ser ejercida asimismo en las cosas y en los derechos por la persona que la disfruta, por su representante legal y por su mandatario.

Ni la deducción puede ser más lógica, ni se concibe la posibilidad jurídica de otra distinta.

Notarán nuestros lectores que al formular el contenido estricto del art. 431, hemos intencionalmente omitido la posesión adquirida por un tercero, sin mandato para ello, pero esta omisión se explica teniendo presente que la posesión así adquirida no surte efecto mientras la ratificación no supla la ausencia del mandato. Si, pues, la ley dice que no se reputa adquirida, ¿podremos afirmar su ejercicio?

Fijados ya los límites del artículo y su verdadera posición legal, poco habremos de detenernos en su desarrollo, porque el amplio estudio de su doctrina nos conduciría á la teoría sobre la adquisición posesoria, obligándonos á anticipar ideas que no son de este lugar, dado el orden expositivo adoptado por el Código civil.

1.° *De la posesión ejercida en las cosas ó derechos por la misma persona que los tiene ó disfruta.*—Para ejercer la posesión es menester adquirirla... *Adipiscimur autem possessionem per nosmet ipso* (1). Ahora bien: si la posesión podemos adquirirla por nosotros mismos, es llano que por nosotros mismos podamos ejercerla.

Sin embargo, el ejercicio de la posesión requiere que el sujeto se halle en plena capacidad de derecho. Un menor y un incapacitado pueden adquirir la posesión, por cuanto siendo seres animados tienen aptitud física para actuar sobre una cosa, ocupándola materialmente. Un niño, como dice Ihering, puede adquirir la posesión de los juguetes que le regalen. Pero ese menor, ese demente no pueden por sí mismos ejercer la posesión, porque según manifiesta el art. 443 del Código, para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor, necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos.

Tampoco podrán adquirir por sí mismos aquella posesión que exija la concurrencia de actos jurídicos. Y es que los menores ó incapacitados, aunque ocupen personalmente la cosa, no ejercen la posesión, *quia affectionem tenendi non habent*, porque carecen de la intención jurídica de poseer, y si reconociéramos en ellos un ejercicio válido de la posesión, habría que reconocerlo igualmente que estando dormido le pusiesen un objeto en las manos, *i si quis durmienti aliquid in manu ponat*, como con elegante y

(1) Ley 1.ª, § 2.°, tít. II, libro cuarenta y uno, Digesto.

gráfico ejemplo expresa la ley 1.ª, párrafo 3.°, tít. II, libro cuarenta y uno del Digesto.

El ejercicio individual de la posesión jurídica implica en el sujeto la personalidad natural y la intenciónde poseer; dirémoslo así empleando las palabras del Código. Un requisito es consecuencia obligada del otro; porque sólo la personalidad humana en cuanto es sujeto de derecho, es susceptible de determinarse voluntariamente, creando una relación jurídica.

La posesión en común de una cosa por varias personas. He aquí un caso de posesión en nombre propio, toda vez que los comuneros la ejercen por sí mismos. No siendo la comunidad de bienes, sino una modalidad del dominio, la posesión en común no es tampoco sino un aspecto de la relación posesoria, y los coposesores no crean una entidad jurídica comprensiva de sus individualidades. Así es que por virtud de una presunción, cada cual posee aquella parte que habrá de corresponder á su cuota el día que se verifique la división. En la comunidad de la cosa poseída concurren las personalidades naturales de los co-posesores y la voluntad de los mismos libremente determinada en el sentido de poseer. Por estos motivos, es posible en derecho la posesión por los mismos co-posesores.

A) La persona jurídica no ejerce por sí misma la posesión.—Hemos llevado nuestro análisis por estos derroteros, para facilitar el acceso á un punto muy discutido por los tratadistas.

Su enunciación podemos reducirla á una pregunta. ¿Puede ejercer por sí misma la posesión una persona jurídica? Nadie discute ya hoy la posibilidad de que las personas jurídicas puedan poseer. Es más; reconocida esta facultad por los Códigos civiles, detenerse en ventilar cuestiones ya pasadas, acusaría un espíritu imbuído por la contradicción. Pero sí en tesis general, hay que admitir que la persona jurídica posee, con tanto más motivo, cuanto que la tendencia científica moderna evoluciona hacia la sociabilidad; descendiendo ya al *cómo la persona jurídica posee*, hay derecho para preguntar: ¿Ejerce la posesión por sí misma? Y nuestra respuesta no puede menos de ser negativa. La persona jurídica es un agregado de personas naturales en orden á un fin particular ó general. A este agregado la ley le reconoce eficacia, por virtud de una ficción. Ahora bien; de aceptar la doctrina de que las personas jurídicas ejercen la posesión por sí mismas, habría que

hacer extensiva esta facultad á todas las ficciones del derecho. Todo ejercicio supone un poder de hecho, una voluntad, unos órganos que, sumisos á esta voluntad, resuelvan en actos sus determinaciones, y como estos elementos sólo se reúnen en la persona natural, es consecuencia obligada la de que la persona jurídica únicamente pueda ejercer la posesión mediante una representación legal. El Derecho, en su progreso, ampliando los medios lícitos de que el hombre puede valerse para la consecución de sus fines, ha supuesto, mediante una ficción, una sola voluntad y una sola persona allí donde se congregan varias voluntades, y consiguientemente varias corporalidades. De ahí la persona jurídica; de ahí su capacidad de derecho y su aptitud para adquirir, poseer, contratar, disponer, etc. Mas si el derecho puede fingir una personalidad, el derecho no puede contrariar el orden natural, y como la ficción se resuelve en una idealidad, esta idealidad, para ser sujeto de la relación jurídica, tiene que manifestarse encarnada en un sujeto corporal. El derecho no crea las personas naturales, no hace más que reconocerlas y ampararlas, pero el derecho crea las entidades jurídicas, y en la asimilación, en el orden legal de unas y otras personas y en la adaptación armónica del poder facultativo de las primeras á las segundas, estriban las concesiones y adelantos del que ha dado en llamarse Derecho moderno.

Si, pues, los actos de ejercicio de los derechos los practica la persona jurídica por conducto de su representación natural, legal, digámoslo así, es, á nuestro juicio, clarísima la tesis afirmada por nosotros de que la persona jurídica no ejerce la posesión por sí misma.

Las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones, entidades en las cuales condensa el Código la exterioridad legal de las personas colectivas ó jurídicas, ejercen la posesión por sus legítimos representantes. Toda agrupación de individuos, en orden á un fin, sea éste, de interés público ó particular, ajusta su desenvolvimiento á reglas prestablecidas y uniformes, como acontece á los Municipios, ó á bases, estatutos, reglamentos, cons-
iciones dictadas en consideración al fin para que se dió vida
;al (única de que es susceptible) á la asociación ó fundación.
chas bases son su ley primordial en tanto no contradigan las
/es escritas; y como la representación de las personas colecti-

vas puede variar de unas á otras y aun revestir muy diversas atribuciones, de aquí que al referirnos al ejercicio de la posesión de dichas personalidades, por conducto de sus legítimos representantes, lo hayamos hecho en líneas generalísimas, en trazos amplios, que revelan la facultad de la persona colectiva y el modo como puede ejercer la posesión, sin quebranto ni menoscabo de su ley privada, variable hasta lo infinito é imposible, por tanto, de ser particularizada, no ya en los cercos reducidos de un comentario, sino en los mucho más anchurosos de un tratado especial.

La materia que acabamos de exponer nos sirve como de puente para ingresar desde luego en el estudio de la posesión ejercida no directa y personalmente por la misma persona que la tiene, sino por otra en su nombre; ó sea, expresado en otros términos, de la posesión ejercida por un tercero.

2.° *De la posesión ejercida por una persona en nombre de otra.*— Nótese que el Código civil adopta, en el art. 431, un concepto de significación extensiva. Al decir que la posesión se ejerce por una persona en nombre de otra, no contrae esta representación al orden legal y necesario, sino que la aplica asimismo al orden privado ó voluntario. Poseen, por tanto, en nombre de otro: el padre por su hijo menor; el marido por la mujer, en los bienes que constituyen la sociedad conyugal, y en aquellos otros cuya administración le haya sido cedida; el tutor por su pupilo ó incapacitado, y el mandatario por su mandante. Nada decimos de las personas jurídicas, porque de éstas ya nos hemos ocupado con la debida separación.

También omitimos hablar del *negotiorum gestor*, porque si mediante su persona podemos adquirir la posesión, el ejercicio eficaz y jurídico de esta última, requiere previamente la *ratihabitio*, es decir, la ratificación. Una vez lograda, el *negotiorum gestor* se equipara para el caso ratificado á un verdadero mandatario.

Por de contado notarán nuestros lectores en este lugar el mismo vicio del Código, resultante de la anteposición de los principios del art. 431 al de los del 438.

Así es que, procediendo con sujeción á la norma de conducta que hemos seguido al tratar de la posesión ejercida por la misma persona que la tiene y disfruta, expondremos sólo algunas nociones generales, reservando un estudio más minucioso para cuando desarrollemos la cuestión primordial de la adquisición posesoria.

Para ejercer la posesion, para lograr sus efectos en beneficio propio, se necesita aptitud en el sujeto del derecho. Dos elementos se combinan armónicamente en éste: el elemento material (corporalidad) y el elemento espiritual (voluntad determinada libremente). A estos dos elementos añade la ley su sanción. Y he aquí cómo el elemento jurídico, aunándose con el físico y el moral, componen las tres líneas dentro de cuyo espacio se encierra el ejercicio de la posesión. Borremos, eliminemos cualesquiera de estos tres factores integrales dentro de la esfera del derecho legislado, y no podremos concebir la posesión en su ejercicio.

Si descartamos la corporalidad, desaparece la persona natural; si prescindimos de la voluntad, proclamamos en el sujeto su incapacidad jurídica, y si, finalmente, diputamos por inútil el elemento legal, incidimos en nulidad. Ejemplo palmario de la precedente afirmación nos lo ofrece el caso de la mujer casada, bajo el régimen corriente de la comunidad ganancial. La mujer posee jurídicamente sus bienes dotales inestimados, porque tiene el dominio de los mismos. En la mujer casada concurren, además, la corporalidad y la voluntad libre. *¿Ejerce*, sin embargo de esto, la posesión de sus bienes dotales inestimados? ¿Ejecuta actos de posesión? ¿Percibe las rentas? ¿Recoge los frutos?

Claro es que no, porque falta el elemento legal, negado á la mujer por el Derecho en reconocimiento y sanción de la capacidad y poder del marido en el estado matrimonial.

Mas la posesión ejercida por un tercero puede tener por origen las declaraciones del derecho escrito, en contemplación al defecto de los tres factores enunciados, ó la decisión libre de una persona con capacidad plena. De aquí se desprende que el ejercicio *alieno nomine* de la posesión podemos dividirlo en dos grupos. Uno de ellos, lo calificaremos de *necesario*, porque la ley lo impone; otro de *voluntario*, porque depende del arbitrio privado. El ejercicio necesario trae su causa de la falta de corporalidad (la persona jurídica) ó de voluntad perfecta (el menor y el demente) ó de la ausencia de sanción legal, concurriendo los dos entos anteriores (la mujer casada).

l ejercicio voluntario de la *possessio alieno nomine* no se diversa, atendida la pluralidad de causas, porque reconoce una la voluntad del sujeto que transmite á un extraño su capa-

cidad para poseer. Ejemplo de este ejercicio voluntario de la posesión encontramos en el administrador.

Bosquejados los dos miembros componentes de esta clasificación, estudiemos ahora cada uno de los términos que en la misma se comprenden.

A) Del ejercicio necesario de la posesión en nombre de otra persona.

a) El padre en nombre de sus hijos menores.—Después de las consideraciones que acabamos de hacer, apreciando la *possessio alieno nomine* por el objetivo del derecho legislado y desde un punto de vista general, sólo nos resta aplicar los principios consignados á cada caso concreto.

El hijo menor no emancipado hállase bajo la potestad de su padre ó madre, los cuales suplen su incapacidad en todos los actos de la vida civil. Su voluntad como sujeto de la relación posesoria podrá por de contado ser perfecta, pero como la ley no puede tamizarse por la variedad infinita que dicha voluntad natural presenta en punto á su perfección, tiene que acomodarse á una regla y presuponer que mientras el menor no alcance determinado número de años, está desprovisto de aquellas condiciones que son necesarias para poder ser sujeto de toda relación jurídica por su propia personalidad.

La imperfección del elemento espiritual en unos casos; la imperfección presunta en otros, á virtud de las ficciones del Derecho, fuerzan á la ley á establecer esta representación de los padres en la posesión tenida y disfrutada por sus hijos menores. El sujeto de la relación posesoria, es el menor; pero así como tratándose de las personas jurídicas, la falta de corporalidad de éstas es suplida por una persona natural, así respecto de los hijos menores, la falta de voluntad, efectiva ó supuesta, necesita ser complementada por el padre ó la madre en quien aquélla radica con toda su plenitud.

Extrañará acaso á nuestros lectores el empleo repetido del vocablo *voluntad;* pero nos valemos de él, porque con una sola palabra significamos el factor ó elemento moral de la posesión.

Hablemos ahora de los hijos menores emancipados de la potestad patria, mas no de aquellos que habiendo alcanzado la mayoría de edad y con ella la plenitud de la capacidad jurídica, se desenvuelven con absoluta independencia en las relaciones

constantes de la vida social, sino de aquellos otros que emancipados por el consentimiento paterno ó por el matrimonio, y sin haber alcanzado los veintitrés años, están sometidos para determinados actos á la asistencia del padre, de la madre ó de un tutor en defecto de estos dos últimos.

Este estado intermedio que la emancipación crea produce tres restricciones, á saber: la de no poder vender bienes raíces; la de no poderlos gravar y la de no poder tomar dinero á préstamo.

El propósito de la ley se nos presenta tan de relieve, que su misma espontaneidad excusa aclaraciones.

Prescindiendo de la prohibición de tomar dinero á préstamo, las otras dos restricciones tienden á impedir que sin justa causa se desprenda el menor del dominio de sus bienes inmuebles, ó grave y limite este dominio con cargas que no pueda cancelar. El fin moral que las tres limitaciones se proponen es idéntico, pero su actuación é influencia jurídica son diversas. El impedimento de vender y gravar, considerado desde el punto de mira posesorio conspira contra la facultad de disposición del menor y se encamina á imposibilitar la pérdida de la posesión. Así es que el ejercicio de esta última, ó sea la serie de actos comprendidos entre la adquisición y la extinción posesoria, puede libremente el menor de edad emancipado ejecutarlos por sí mismo. No está, pues, subordinado á una representación y asistencia necesaria; su voluntad es plena, y así lo reconoce la ley en el hecho de reputarlo como si fuera mayor, con la excepción de los tres casos que, como hemos visto, no refluyen en el ejercicio de la *possessio*.

De lo que acabamos de manifestar dedúcese una consecuencia, es á saber, la de que el menor emancipado puede conferir mandato á un tercero para que, como mandatario, adquiera y ejerza la posesión en nombre del mandante.

b) El tutor en nombre del pupilo ó del demente.—La mera enunciación del precepto justifica esta fase de la representación necesaria del tutor respecto de su pupilo ó del incapacitado sometido á su guardaduría. Algunas consideraciones haremos, sin embargo, inspiradas en el mismo propósito de atenuar en lo posible el
to de anteposición de doctrina en que el Código ha incurrido.
el ejercicio de la posesión implica su adquisición previa,
mos que los menores y los incapacitados pueden adquirirla á
del art. 443 del Código. Ya los jurisconsultos romanos di-

vidieron sus opiniones acerca de dicho interesante extremo. Paulo, por ejemplo, en sus *Comentarios al Edicto*, manifiesta que el furioso y el pupilo no pueden comenzar á poseer sin la autoridad del tutor, aunque estén en la tenencia corporal de la cosa, porque carecen de la intención de poseer. *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant...* (1). Ofilio y Nerva, hijo, sostienen, á la inversa, que el pupilo puede principiar á poseer sin la autoridad del tutor. Mas colocándose Paulo, no obstante su criterio, en el punto medio olvidado por nuestro legislador, acepta la doctrina de Nerva, si el menor es de edad que ya tenga entendimiento; *si eius aetatis sint ut intellectum capiant*.

Entre las modernas legislaciones, la de Portugal brilla por la claridad y pureza del precepto que consagra á la posesión adquirida por los menores é incapacitados.

«Pueden adquirir la posesión, dice, todos los que tengan uso de razón, y aun los que carezcan de él, en las cosas que puedan ocuparse libremente. En cuanto á las cosas apropiadas, pueden los que carezcan de uso de razón llegar á poseerlas por medio de las personas que legalmente los representen.»

Baste por ahora con la consignación del artículo. Más adelante vendrá ocasión de utilizarlo, estudiándolo comparativamente con el art. 443 de nuestro Código.

Dejando á un lado la mayor ó menor corrección y sobriedad científicas, obsérvase desde luego que tanto un Código como otro distinguen entre la adquisición y el ejercicio de la posesión, reinando la más perfecta concordia en punto á que los menores y los incapacitados necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para el goce jurídico de la posesión ganada.

El por qué de esta disparidad entre el momento inicial de la relación posesoria y la serie ó sucesión de momentos que constituyen su ejercicio, no consiste en la ausencia total de voluntad por parte del sujeto, sino en la imposibilidad de reconocer una dirección jurídica en dicha voluntad, *quia affectionem tenendi non habent*, como decía el Derecho romano.

Si el loco y el niño pueden adquirir la posesión de las cosas debido es á que el Derecho contempla en los actos materiales d

(1) Ley 1.ª, § 2.º, tít. II, lib. 41, Dig.

ocupación el resultado de una volición más ó menos perfecta. Por eso, cuando la adquisición posesoria debe su causa á títulos producidos por direcciones jurídicas de la voluntad, niega al menor y al demente dicha facultad adquisitiva. Por eso también el Código lusitano, con admirable perspicacia, sólo sanciona la posesión adquirida por el que carece del uso de la razón, cuando aquélla recae sobre cosas que pueden ocuparse libremente.

El ejercicio de la posesión implica la generación de efectos que desde luego dejan sentir su influencia en el orden social.

Estos efectos se traducen en la vida del Derecho por relaciones constantes entre unas y otras personas. Sin apartarnos de la esfera de la contratación; el que ejerce la posesión de un predio rústico, necesita levantar las cosechas, aprovechar los frutos sometiéndolos á los procedimientos industriales adecuados á la obtención del producto; necesita, asimismo, verificar las reparaciones y mejoras que la situación y naturaleza de la finca exija; si es un predio urbano, ha de percibir las rentas, ha de realizar las obras indispensables para su conservación. Todos estos son actos de ejercicio; todos se resuelven en pactos, en estipulaciones. Y es llano que esta variedad estipulatoria requiere en el poseedor la capacidad que es necesaria para relacionarse jurídicamente.

Estos son los motivos por los cuales el menor y el incapacitado necesitan, para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor, de la asistencia de sus representantes legítimos.

Las antedichas razones justifican de igual manera el por qué de nuestra determinación, incluyendo en el orden necesario ó impuesto por la ley el ejercicio que de la posesión realizan los tutores en nombre de los pupilos ó incapacitados sometidos á su guardaduría.

Caso de la prodigalidad.—El Código en el art. 443 habla de incapacitados. Entre éstos hállanse comprendidos los declarados pródigos en sentencia firme. ¿Podrán los pródigos ejercer por sí mismos la posesión?

La respuesta la conceptuamos sencillísima. Como la prodigalidad puede revestir y de hecho reviste variados matices, ofrec idosenos en diversidad de grados; como por otra parte el leg ador, más que á la aberración mental, más que al estado p ológico susceptible de curación, mira á los efectos y trata de c rlos y corregirlos, de aquí que procure aplicar á cada caso

el remedio que exija; y no pudiendo realizar esto con los textos legales sino á trueque de un peligroso casuísmo, confiere á los Tribunales la facultad de determinar en la sentencia y en mérito á los resultados del juicio, los actos que hayan de quedar prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno ó por otro sea preciso consultar al consejo de familia.

La prodigalidad se caracteriza por los gastos excesivos é infructuosos; por la dilapidación, en una palabra. A veces la prodigalidad se contiene en los límites de la más insustancial banalidad; en ocasiones el torbellino gira, teniendo como núcleo una pasión. Pero en uno y otro caso, el pródigo procede ó gravando sus fincas para proporcionarse el precio del gravamen, ó disponiendo de las mismas donándolas ó vendiéndolas.

Atacando á la facultad de disposición, se logra en la mayoría de las ocasiones contener el daño de tan grave mal. Así es que las restricciones impuestas al declarado pródigo no afectarán generalmente sino á la enajenación de sus bienes, en cuyo caso no hay para qué indicar que el pródigo puede ejercer por sí mismo la posesión de sus bienes propios. Esto, sin embargo, revela que la fuente primera á donde debemos acudir es la sentencia declarando la prodigalidad, por cuanto es la que determina su capacidad de derecho para lo futuro.

La mujer del declarado pródigo administrará, dice el art. 225, los bienes de los hijos comunes. De este precepto se deduce que la madre en nombre de sus hijos menores ejercerá la posesión, y usará de los derechos que nazcan á favor de éstos, cuando sobre el padre haya recaído en juicio contradictorio la declaración de *prodigus*. Enfrente de esta consecuencia parece alzarse el principio consignado en el art. 224, referente á que el pródigo no pierde la autoridad marital, ni la paterna, pero ya hemos explicado en el oportuno lugar de estos comentarios, la significación de tal concepto, y no es necesario repetir que refiriéndose el predominio ó hegemonía puramente personal, á las cualidades prestigiosas y de honor que realzan la *potestas*, no puede recaer este ascendiente en merma ó restricción de los derechos que sob administración de los bienes dotales y parafernales, de la socied conyugal y de los hijos comunes concede la ley á la cónyuge (pródigo.

Caso del consejo de familia.—La inhabilidad del tutor para el desempeño de sus funciones ó la comisión de alguno de los hechos que el art. 238 del Código señala como suficientes para remover á aquél de la tutela, crea un estado transitorio, al que responde el art. 243 declarando que si por causa de incapacidad no entrase el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela, mientras se resuelva en definitiva sobre el impedimento; y con respecto á la remoción, también que el consejo proveerá, previa siempre la aprobación judicial. En las dos situaciones de derecho que el art. 243 regula, y más principalmente en la primera, observamos que la figura del tutor queda descartada para ser suplida, con carácter provisional, por el consejo de familia. Despréndese de aquí que el consejo representa al pupilo en la interinidad creada, y es consiguiente que, mientras ésta persista, ejercerá aquél la posesión á nombre del menor ó del incapacitado, ejecutando todos aquellos actos que concurran á la realización de dicho ejercicio. Un caso análogo es el previsto en el art. 256, según el cual, mientras se constituya la fianza, el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos. Aquí el protutor es el brazo por decirlo así del consejo de familia, pero la representación interina del menor ó del demente radica en el consejo.

El raciocinio del que derivamos nuestra tesis, no puede ser ni más natural ni más sencillo. Si es un principio inconcuso el de que el tutor ejerce la posesión en nombre del sometido á su guarda, es incuestionable que cuando determinadas funciones de la tutela—v. gr., las concernientes á la percepción de rentas y de frutos, acaso las más significadas en el ejercicio de toda posesión,—las desempeña en defecto de tutor, el consejo, es porque recayendo en él las atribuciones de la tutela vacante ó en entredicho, ejerce transitoriamente la posesión anexa al desempeño también transitorio de la tutela.

c) El marido á nombre de su cónyuge.—Llegamos al último de los casos de ejercicio necesario de la posesión *alieno nomine*. Hasta aquí hemos estudiado aquellos otros que, ó bien derivan de la carencia de corporalidad (la persona jurídica), ó de la imperfección de la voluntad (el menor y el demente). Analicemos ahora con suma rapidez y con respecto al ejercicio posesorio, esta

representación del marido, generada por su preponderancia en la sociedad matrimonial.

Concurren en la mujer casada dos de los factores integrales, cuya coexistencia determina el ejercicio de la posesión; falta el tercero ó sea la permisión legal. La incapacidad de la mujer casada no puede en manera alguna equipararse á la del menor ó demente, porque en éstos procede de imperfección natural, efectiva ó presunta, y en aquélla de la merma de prerrogativas que todo sometido padece, dada la necesidad jurídica de concentrar el poder de dirección en una determinada persona, siempre que se trate de una entidad.

Esto es lo que sucede en el matrimonio, donde si bien aparecen en armónico enlace dos personas naturales, no hay más que una personalidad jurídica, cuya representación la ostenta el marido.

Para demostrar los teoremas enunciados, de los cuales se deriva lógicamente como un corolario el principio de que el marido ejerce la posesión á nombre de su mujer en determinados bienes, no hay más que observar los efectos que en el orden jurídico se producen cuando el matrimonio se disuelve, cuando sin disolverse se relaja un tanto el nudo conyugal, cuando el marido se incapacita, y finalmente, cuando sin causa ni motivo justificado tiraniza á su cónyuge, abusando de su poder.

Si la incapacidad de la mujer casada trajera su origen de la naturaleza, no adquiriría su plenitud facultativa por el hecho del fallecimiento del cónyuge. Si la mujer fuese incapaz naturalmente no podría, en el caso desgraciado de demencia del marido, ser su tutora, ni cuando éste es condenado á la pena de interdicción estaría autorizada la esposa para pedir la disolución de la sociedad conyugal y administrar libremente. Si la mujer no fuera capaz de ser sujeto de derecho por su propia personalidad, no podría recurrir á las autoridades supliendo por la habilitación de éstas, las negativas no justificadas del marido. Pudo la antigüedad pensar que la mujer era un ser inferior al hombre y someterla á la tutela perpetua de que con tanta galanura nos habla Sumner-Maine. El Derecho moderno ve en la mujer mayor de edad y desligada de todo lazo conyugal, bien por el celibato ó por la viudez, un ser susceptible de derechos y de deberes, una personalidad capaz al igual del varón; pero este mismo Derecho, al concentrar

su atención hacia el estado matrimonial, al vislumbrar en él una sociedad minúscula, base de todo el organismo social, tiene que crear un poder directivo y de representación, y encarnarlo en una persona. Por qué la masculinidad se ha impuesto, no es ahora ocasión de dilucidarlo. Aceptando el hecho, reconozcamos que la suma de facultades que constituyen el poder marital, son otras tantas desmembraciones del derecho de la mujer. ¿Se concibe un régimen social permanente sin la existencia de una persona ó de una colectividad en quien concentrar el poder? Pues admitido el principio, hay precisión de aplicarlo á la sociedad que forman los cónyuges y los hijos, mientras éstos, perfeccionándose, no se desprendan de la tutela natural de aquéllos. Radicando el poder en el marido, el ejercicio de la la capacidad jurídica de la mujer se restringe, requiriendo como complemento la asistencia y representación de aquél.

De la regla que acabamos de exponer, derívase una importante consecuencia; es á saber, la de que el ejercicio de la posesión por el marido á nombre de su mujer subsiste únicamente mientras aquél conserve su poder marital. Así, pues, readquiere la mujer su capacidad plena cuando el marido, por cualquiera de las causas que el Código establece, pierde la autoridad que las leyes le reconocen como jefe de la sociedad matrimonial.

No hay para qué decir que estos principios los exponemos con carácter generalísimo. La variedad de las situaciones que en la vida legal se presenten, habrá de amoldarse á las reglas preestablecidas para cada una de las distintas fases en que puede ofrecérsenos jurídicamente considerada la institución matrimonial. La menor edad de los cónyuges; los pactos ó estipulaciones que en orden al régimen económico hayan precedido al vínculo conyugal; la separación absoluta de bienes que como pena, lleva consigo la omisión voluntaria por parte de los contrayentes de la licencia de los padres ó de las personas llamadas á suplir sus veces; el hecho de reservarse la mujer la administración de sus bienes parafernales, etc. Todas estas modalidades influirán en cada caso, dando margen á distintos resultados; y así, unas veces mujer ejercerá por sí la posesión de sus bienes conyugales, as la ejercerá el marido, otras, finalmente, la ejercerán ambos, con simultaneidad, sino cada uno sobre los bienes á cuya administración privativa les reconozca la ley derechos.

No es factible, dada esta diversidad, fijar preceptos concretos, porque el casuismo sofocaría toda claridad y previsión; pero ya que esto no es hacedero, recordaremos, á lo menos, las dos sanciones jurídicas en cuya virtud el marido administra por ministerio de la ley, bienes cuyo dominio está expresamente reconocido á la mujer.

Están aquellas sanciones contenidas en los artículos 59 y 60 de un lado, y en el 1.357 de otro. Según los dos primeros, el marido es el representante de la mujer, y como secuela inmediata de dicha representación, carece aquélla de capacidad para comparecer en juicio por su propia personalidad, de igual manera que para adquirir por título oneroso ó lucrativo, enajenar sus bienes y obligarse, salvas las limitaciones de la ley, si no cuenta con la licencia del marido.

Asimismo, y por un efecto indeclinable del poder marital, es el marido el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario, y lo dispuesto en el art. 1.384.

A tenor de lo prevenido en el art. 1.357, el marido es el administrador de los bienes que constituyan la dote inestimada, con las obligaciones y derechos anexos á toda administración.

Nótese cómo, tanto desde el punto de vista de la representación personal, como desde el concerniente á la tenencia y percepción de los frutos y rentas de determinados bienes conyugales, es el marido el que procede en nombre de la mujer; y no por voluntad de ésta, sino por imperio de las leyes, que al aglomerar las enunciadas facultades y conferírselas al cónyuge varón, forman el contenido del poder de este último.

Este ejercicio necesario de la posesión que estamos estudiando, presenta un matiz particular, proveniente, tanto de la capacidad natural de la mujer, cuanto de las atenuaciones que la intimidad y continuado trato anexos á la vida conyugal han de producir necesariamente. Aunque por ley sea el marido el único capaz para administrar los bienes de la sociedad conyugal, los constitutivos de la dote inestimada, y aun los parafernales cuya administración no se hubiese reservado la mujer, es llano que en la vida real ambos cónyuges procederán de mutuo acuerdo á cuanto afecte al más acendrado cuidado y manejo de los aludid bienes.

Aquí damos por terminadas estas observaciones, que hallará

su complemento en el comentario de los artículos 438 y 439, no sin hacer constar que, aun cuando siguiendo la nomenclatura del Código, hemos calificado de posesión á la tenencia jurídica que el marido tiene de los bienes de la sociedad conyugal por razón de su poder marital, no es en rigor una verdadera posesión según nosotros concebimos esta anticipación del dominio, la de que el marido disfruta, sino una mera tenencia, siquiera traiga su origen de un imperativo legal, fundado en razones de la más pura filosofía.

B) Del ejercicio voluntario de la posesión en nombre de otra persona.

El mandatario por el mandante.—La importancia de este aspecto en que se nos ofrece la posesión, considerada desde el punto de vista del libre ejercicio de la voluntad, puede decirse que se reconcentra en el particular referente á la adquisición posesoria. El ejercicio de la posesión por un mandatario es ya una consecuencia, una secuela no desprovista ciertamente de interés, pero que no alcanza la capital transcendencia de la adquisición por un tercero.

Trataremos, por tanto, del aludido ejercicio rápidamente, concretándonos á exponer algunas consideraciones de índole general.

Caracterízase esta posesión, porque á la inversa de la ejercida *necesariamente* en nombre de otra persona, como, v. gr., la del padre por el hijo sometido á su potestad, la del tutor por el pupilo ó el demente, etc., en esta de que nos ocupamos es requisito inexcusable el de que las dos personas que intervienen, la determinante y la determinada, el mandante y mandatario, disfruten de plena capacidad.

Ya en el Derecho romano encontramos la posesión por medio de procurador.

Dos leyes, entre otras varias que podríamos citar, aduciremos para comprobarlo (1).

Es una de ellas la 1.ª, § 20, tít. 2, libro 41, Dig. *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur.* Es la otra

---

Dig., ley 9.ª, tít. 2.°, lib. XLI.
neraliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti rator, hospes, amicus, nos possidere videmur.

la 41, tít. III, libro 41, Dig... *Quamvis per procuratorem possessionem adipisci non iam fere conveniat.*

La legislación alfonsina recogió el precepto, y en la ley 3.ª, título XXX, part. 3.ª, se dice: «Tenencia ó posesión de las cosas puede ganar todo ome por si mismo, que aya sano entendimiento. Otro si los fijos, e los siervos que tiene en su poder la pueden ganar por el, *e sus personeros.*»

Ya hemos tenido ocasión de ver en el curso de este mismo comentario cómo los Códigos civiles extranjeros, unos al definir la posesión, otros al tratar de los modos como ésta se adquiere y ejerce, han coincidido reconociendo la posibilidad jurídica de que la posesión se ejerza por un tercero á nuestro nombre.

Entre otros, nos permitimos citar el Código de Guatemala, en cuyo art. 528 se expresa que toman posesión sin intervenir personalmente:

4.° El poderdante por medio de su procurador.

Hemos dicho hace un momento que el ejercicio de la posesión del mandante por la persona de su mandatario se caracteriza porque ambos necesitan estar investidos de plena capacidad de derecho. La sencillez de esta regla es tanta, que toda glosa, aun la más lacónica, pecaría de excesiva. Sin embargo, aun corriendo este riesgo, diremos algunas palabras.

Así como mediante las representaciones necesarias del padre, del tutor ó del marido, se suplen las incapacidades naturales del menor y del demente y la incapacidad legal de la mujer, así también por virtud de la representación voluntaria del mandatario, se corrigen y salvan en derecho esas otras imposibilidades que el tiempo y el espacio se encargan de interponer en las continuadas relaciones de la vida jurídica.

El mandato sirve, digámoslo así, de conducto por donde se trasmite de una persona á otra determinada facultad, bien se resuelva ésta en la ejecución de algún hecho ó en la prestación de algún servicio. Por aquel principio de derecho de que nadie puede dar lo que no tiene, *Nemo dat, quod non habet*, se desprende que si para ejercer la posesión hemos demostrado que se necesita capacidad plena, de igual plenitud habrá menester el mandante para trasmitir su derecho á un tercero. Del propio modo, este tercero mal podrá ejercer la posesión en nombre ajeno si en su

personalidad no concurren las mismas condiciones facultativas que en el trasmitente.

Con lo dicho cerramos el estudio de nuestro artículo, porque de ahondar más el análisis y preocuparnos, v. gr., de las cualidades que han de concurrir en el mandatario en punto á los elementos corporales y psicológicos que informan la posesión y de las relaciones que entre este último y el mandante han de mediar, penetraríamos en el terreno privativo de la adquisición posesoria.

Como habrán observado nuestros lectores, bajo un mismo comentario hemos comprendido los dos artículos, 431 y 432. Réstanos tratar de este último; pero su estructura es tan sencilla, su comprensión tan fácil, el principio que en él se expresa tan elemental y conocido que, rigorosamente hablando, no implicaría omisión por nuestra parte si nos redujéramos á la simple enunciación de su contenido.

Se trata de uno de tantos axiomas jurídicos, de una de las muchas abstracciones que se incluyen en los Códigos, más bien por rendir tributo á los mandamientos doctrinales, que por imperio de las exigencias positivas.

En dos conceptos pueden poseerse las cosas y los derechos: en el de dueño ó en el de tenedor; y esta tenencia puede reconocer dos objetos distintos: ó la mera retención ó el disfrute.

Esta es la síntesis del art. 432.

Ya nuestra ley de Partidas dió forma legal al mismo pensamiento. «Labradores ó yugueros, ó los que tienen arrendadas ó alogadas cosas ajenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia de ellas; *pero la verdadera possesio es* de aquellos en cuyo nombre tiene el heredamiento.»

Y no es sólo esta ley, que nuestros lectores pueden consultar en los precedentes legales del artículo, de la que el Código alfonsino se valió para significar la diferencia entre la verdadera posesión y la tenencia. La 22 del título XXIX, Partida 3.ª, refiriéndose á la usucapión, dice: «Empero, si algund ome tuuiesse ndada ó alogada de otro alguna casa ó viña ó otra heredad... la podria ganar por este tiempo (treinta años) ni aun por mayor;» y la ya citada ley 5.ª, título XXX, Partida 3.ª, con- iente á los que han á feudo algund heredamiento ó el usofruto s, expresa: «Pero en salvo finca el señorio á sus dueños: de

manera que á estos atales por *tal tenencia* como esta non ganan la propiedad dellas, quanto tiempo quier que las tengan».

Relaciónense estos principios del derecho patrimonial y nos persuadiremos de que el legislador patrio ha tenido que limitarse á concretar en una fórmula científica la misma idea que aparecía fraccionada y como diluída en diversos lugares de las leyes de Partida.

La anfibología jurídica, permítasenos la frase, de que adolece el término posesión, échase de ver con extraordinario relieve en el precepto que estudiamos. No procede nuestro Código por distinción de apelativos en armonía con la dualidad de conceptos que en el artículo se significa, sino aplicando un denominador genérico á estados jurídicos diversos.

Así es que á la posesión en concepto de dueño, posesión propiamente dicha, de tal se la califica, y á la mera tenencia desprovista de la *convictio* y aun del *animus* referido al dominio, también se la designa con el nombre de posesión.

Después de todo, aunque la nomenclatura no se ciña á las severas líneas de una corrección científica extremada, no habiendo el Código español admitido la tenencia, bien natural ó jurídica, como un estado de hecho antitético, digámoslo así, de la *possessio*, cualquier censura podría parecer parcial.

El Código chileno, por ejemplo, considera á la simple tenencia como un estado que no puede denominarse posesorio. Así lo da á entender en el art. 714, según el cual se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, «no como dueño, sino en lugar ó á nombre del dueño». Y sigue exponiendo: «el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, ó cuyo usufructo, uso ó habitación les pertenece». Lo dicho se aplica generalmente á todo el que tiene una cosa, reconociendo dominio ajeno.»

Concepto análogo enuncia el art. 532 del Código guatemalteco. Mas la generalidad de los Cuerpos legales extranjeros, concernientes al derecho civil sustantivo, prescinden de exponer la regla abstracta que en nuestro art. 432 se contiene, lo cual patentiza la exactitud con que hemos tachado de superfluo el aludido artículo, considerándole como un acatamiento á los principios más que como una conveniencia legislativa.

El artículo habla de conceptos; concepto de dueño; concepto de tenedor.

Concepto es toda idea que el entendimiento forma.

En el campo de la filosofía, el concepto como operación primaria del entendimiento, como aprehensión de la idea, como declaración de la existencia de un objeto, precede al juicio, operación fundamental de la razón.

Pero no es ciertamente esta acepción filosófica del concepto la que se expresa en el art. 432. Háblase en éste de concepto, en el sentido de juicio ya formado, de un estado de conciencia generado por una dirección resuelta del pensamiento en un determinado sentido. Concepto en el precepto legal que analizamos, vale ó significa tanto como la idea resultante de la apreciación y relación de hechos claramente percibidos y aceptados; concepto, por consiguiente, implica persuación, convencimiento. De lo que acabamos de exponer se deduce que el artículo objeto de nuestro estudio se refiere á estados internos ó de conciencia, eminentemente subjetivos y personalísimos.

Dados estos antecedentes, podemos ya formular esta pregunta: ¿Cuándo entenderemos que un poseedor posee en concepto de dueño?

Prescindamos de los convencionalismos que en el orden positivo del derecho forzosamente hay que aceptar, cuando el espíritu reina absoluto, inspirando y cualificando las instituciones jurídicas, y prescindamos, porque de otra suerte todo raciocinio sería ininteligible. Las presunciones rigen mientras la verdad real no es conocida. Hablemos por tanto como si conociéramos la realidad, como si tratáramos de demostrarla en la eterna lucha que la realización y efectividad del derecho supone. De no proceder así caeríamos en el error.

Aparentemente todo poseedor posee para sí y aun se presume que con título de propietario. ¿Pero por ventura esta apariencia implica el concepto de dueño? Creemos que no. La apariencia es un hecho al cual, como reflejo de actos desconocidos, podrá el Derecho reconocerle mayor ó menor eficacia; pero la apariencia es idea y el concepto lo es. Luego si la noción *concepto de ño* es meramente ideológica, ¿cuándo podremos afirmar que poseedor lo es en tal concepto?

Según nuestro criterio, cuando tenga la convicción de que la

cosa poseída ha pasado á su poder del de su legítimo dueño, por virtud de un justo título.

Nadie puede adquirir en buena lógica la convicción de que una cosa le pertenece (concepto de dueño), si tiene convicción de que la adquirió de quien la estaba usurpando, ó por un título injusto.

Un análisis rigorosísimo nos ha llevado á la precedente conclusión.

Si, esto no obstante, no es el expresado por nosotros el espíritu que guiara en su día al legislador al redactar un artículo que por su espiritualismo y abstracción, publica á veces su superfluidad en el derecho legislado, reconozcamos que el Código emplea, con notoria impropiedad, la voz concepto, ó que por lo menos los redactores de dicho cuerpo legal no han sabido expresar con fidelidad sus propios pensamientos.

En contraposición al concepto de dueño, y como antítesis ó manifestación negativa del mismo, hallamos el concepto de no dueño, ó dicho en otros términos y con las mismas palabras de que el art. 432 se vale, el concepto de tenedor de la cosa para conservarla ó disfrutarla.

La noción de la mera tenencia arguye en el tenedor el reconocimiento del dominio de un tercero en la cosa tenida. Pero este dominio ha de referirse á una determinada persona, natural ó jurídica, y esta persona puede ser conocida ó desconocida por el mero tenedor. Además, la tenencia puede traer su origen, ó de la sola voluntad del tenedor, como sucede, v. gr., en el caso de la cosa mueble perdida y ocultada por quien la encontró, ó de pactos jurídicos que revelen la voluntad acorde de los estipulantes, y de los cuales derive la tenencia, como un medio indispensable para el cumplimiento del fin pactado. ¿A cuál de estos dos orígenes alude el art. 432? Opinamos que al segundo; es decir, el mencionado artículo se refiere á la tenencia que podríamos calificar de legal. Si así no fuese, el Código hubiérase concretado á mencionar el concepto de tenedor de una cosa ó derecho, pero se habría abstenido de particularizar el fin peculiar jurídico de dicha tenencia. Y que en el precepto objeto de nuestro estudio se determinan concretamente la retención ó el disfrute como fines de la tenencia, es incuestionable. El usufructuario, el arrendatario, el comodatario, el anticresista, el usuario, el que tiene el de

recho de habitación y, en cierto modo, el enfiteuticario, participan de los beneficios de la cosa. El administrador, el acreedor pignoraticio, el depositario, el que la tiene en secuestro por decreto judicial ó el que la conserva en virtud del *jus retentionis*, la retienen en su poder. Pero tanto unos como otros reconocen el dominio del propietario.

Bastante más pudiéramos detenernos en el análisis del artículo 432, pero las ideas expuestas las conceptuamos suficientes para su completa inteligencia.

ART. 433. Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Concordancias.—Análogo al art. 428 del proyecto de Código de 1851, é igual al 438 del de 1882.

ART. 434. La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.

Concordancias.—Igual al art. 439 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXIX, ley 9.ª*—Por tiempo queriendo ganar alguna ome cosa mueble, ha menester primeramente, que aya buena fe en tenerla, e que la aya ---alguna derecha razon. Assi como por compra, o por donadio, ›r cambio, o por otra razon semejante destas. E aun demas ›o, que crea, que aquel de quien la ouo por algunas destas ›nes sobredichas, que era suya, e que auia poder de la ena- ar...

Part. id., tit. id., ley 10.—Desapoderado seyendo alguno de su cosa, si aquel que fuesse tenedor della, la quisiesse vender, o cambiar, o dar a otri, si este cuya es, dixere al que la quiere comprar, o auer por alguna destas razones, que aquel que gela quiere vender, o dar, o cambiar, non lo puede fazer, nin ha derecho en ella, si despues desto la comprasse, o la ouiesse en otra manera, non auria buena fe en tenerla, e maguer fuesse tenedor della tres años, non la podria ganar. Ca entiendese que la compraria, o la auria maliciosamente pues que assi fuesse apercibido. Mas si por auentura, quando el comprasse la cosa, o la ouiesse por alguna derecha razon, cuydasse que era de aquel que la enagenaua, e non fuesse apercebido que era de otri, assi como sobredicho es, estonce entenderse y a, que auria buena fe en tenerla, fasta que se prouasse el contrario.

Part. id., tit. id., ley 11.—Ome que comprasse cosa mueble de huerfano, o de loco, o desmemoriado, o de aquel a quien fuesse dado guardador sobre sus bienes, porque era desgastador, o del que lo ouiesse de alguno dellos por razon de donadio, o de cambio, o en otra manera semejante, entiendesse que auria mala fe en tenerlo é por ende non lo podria ganar por tiempo de los tres años. Otrosi dezimos, que el que comprasse alguna cosa del personero de algund ome, corrompiendole maliciosamente por alguna cosa que le diesse, o le prometiesse a dar, porque le vendiesse aquella cosa por menos precio de lo que valia, si el señor de la cosa esto pudiere prouar, maguer el otro fuesse tenedor de la cosa por tres años, non la podria ganar por tiempo. Ca entiendese de llano, que auia mala fe en tenerla, pues que maliciosamente corrompio al personero.

Part. id., tit. id., ley 12.—Dan, o cambian omes y a, algunas cosas que non son suyas, e aquellos a quien passan por alguna destas razones, han buena fe en tomandolas, cuydando que aquellos de quien las reciben, han derecho de las enagenar...

Part. id., tit. id., ley 14.—Teniendo ome alguna cosa mueble por suya, cuydando que la auia comprada, o que le fuera dada, o que la auia por otra derecha razon, si despues sopiesse que non era asi, maguer fuesse tenedor dellas tres años, non la podr ganar por esse tiempo. Mas si por auentura ouiesse mandado su mayordomo, o a su personero, o a algund otro su ome, que comprasse alguna cosa, o que gela aduxesse por alguna otra d

recha razon, assi como por cambio, o por donadio, o por otra cosa semejante; e aquel a quien lo mandasse, non lo fiziesse assi, mas lo ouiesse por otra razon que non fuesse derecha, diziendole que la auia comprado, o que la auia por aquella razon misma que gela el mandara auer; si tal cosa como esta tuuiesse tres años, poderla y a ganar por tiempo, porque auria buena fe, en tomandola, maguer y errasse. Ca pues que el yerro auiene por derecha razon non le deue empecer.

Partida 7.ª, *tit. XXXIII, ley 9.ª*—A buena fe, dezimos que compra, o gana el ome la cosa, quando creya que el que gela da, o gela vende, auia derecho o poderio de lo fazer; e mala fe, aquel que compro la cosa agena, sabiendo que non es suya de quien la ouo, nin auia poder de la enagenar. Esso mesmo es del heredero, que gana por testamento, o por otra razon, herencia de otro. E aquellas cosas dezimos, que son de nuestros bienes, e que a nos pertenecen, en que nos auemos señorio, o que las tenemos a buena fe, por alguna derecha razon...

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 433 Y 434.—*Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide, aut non bona fide* (1). Estas palabras que hemos copiado de las Pandectas constituyen el lema del comentario.

Ocúpanse los artículos enunciados de uno de los requisitos más importantes de la posesión, del elemento ético ó moral meramente subjetivo, personalísimo, pero de transcendentales consecuencias materiales y positivas: en una palabra, de la buena ó mala fe. Quien posee ha de hacerlo con buena fe, porque posesión de mala fe no es propiamente posesión. Hasta tal punto es esto evidente, que el legislador ha establecido la presunción de la *bona fides*, esto es, la de que se presume siempre la posesión de buena fe en tanto no se demuestre lo contrario.

Hemos mencionado varias veces las palabras buena fe; así es que la pregunta que inmediatamente procede es ésta: ¿En qué consiste, qué es la buena fe? Laurent formula igual interrogación. Según Dunod, «la ignorancia del derecho que un tercero tiene de la cosa que se prescribe». Pothier dice que es «la justa opinión que tiene el poseedor de que ha adquirido la propiedad de

(1) Digesto, ley 3.ª, § 22, tit. 2.°, libro XLI.

la cosa que posee». Voet completa la definición añadiendo que el poseedor debe tener la firme confianza de ser propietario de la cosa, por creer que el que la trasmitió era propietario de ella y tenía el derecho de enajenarla.

Laurent refuta á Dunod. La buena fe implica una creencia positiva, la convicción de que el que trasmitió la propiedad tenía derecho de enajenar la cosa. Si el título era vicioso, nulo ó rescindible, y si el adquirente conocía este vicio, no puede existir buena fe. En efecto, el que tiene una propiedad sujeta á nulidad, rescisión ó resolución, sólo puede trasmitir una propiedad nula, rescindible ó resolutoria. El poseedor no puede tener la firme convicción de ser propietario—añade Laurent,—sabiendo que su antecesor no lo era; por tanto, le falta la buena fe.

En sentido lato y general, la buena fe, según Tartufari, se refiere á todo lo que es ajeno al fraude y al dolo, á todo lo que indica lealtad; lo bueno y lo equitativo se identifica con la buena fe.

Con relación á la usucapión decenal, el notabilísimo tratadista italiano define la buena fe «la leal persuasión ó convicción de adquirir, en virtud de acto idóneo para trasmitir legalmente el derecho del verdadero dueño, con facultad de enajenar, ó de la persona que tenga dicha facultad, conferida por el dueño mismo ó por la ley».

Los Códigos extranjeros contestan también á nuestra pregunta, ofreciéndonos la mayoría el concepto de la buena y mala fe. El francés y el belga son una excepción. No hablan de la buena ó mala fe con respecto á la posesión, omisión nada extraña, puesto que no se ocupan de ésta (de la posesión), como materia especial, mencionándola sólo al tratar de la prescripción.

El art. 701 del Código italiano dice que es poseedor de buena fe el que posee como propietario, en virtud de un título traslativo de dominio cuyos defectos ignoraba. Posesión de buena fe—declara el art. 476 del Código portugués—es la que procede de un título cuyos vicios no sean conocidos del poseedor.

Poseedor de mala fe—añade el mismo artículo—es la que se verifica en la hipótesis contraria. Existe posesión de buena f- — según el art. 417 del Código de Guatemala—cuando el pose or de la cosa cree tenerla bien adquirida de aquel á quien cons e- raba como dueño. Es de mala fe—añade—cuando falta esa cre i- cia. El Código civil mejicano es el más amplio, el que más pre p-

tos contiene acerca de este particular. En el art. 927 considera poseedor de buena fe al que posee ó cree fundadamente poseer en virtud de un título bastante para transferir el dominio. Lo es también—consigna en el 928—el que ignora los vicios del título, presumiéndose la ignorancia en este caso. Es poseedor de mala fe—manifiesta en el 929—el que posee sabiendo que no tiene título, el que sin fundamento cree que lo tiene, y el que sabe que el título es insuficiente ó vicioso.

En el Código español constan dos preceptos respecto de la buena fe: el del art. 433 que comentamos y el del 1.950, referente á la prescripción adquisitiva, según el cual la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía trasmitir su dominio.

De los diferentes conceptos consignados de la buena fe, vemos que se nos presenta, aparentemente, bajo dos aspectos, positivo y negativo. Bajo el primero, la buena fe es la creencia de poseer la cosa con justo título; bajo el segundo, es la ignorancia, el desconocimiento del vicio ó vicios de que adolece el título, la no conciencia, el no conocimiento de dichos vicios. En realidad, es la síntesis, la reunión de los dos elementos, afirmativo y negativo, porque rigorosamente existe posesión de buena fe cuando el poseedor está en la creencia de que posee en virtud de un justo título por efecto del desconocimiento de los vicios de que este último adolece.

En este punto estamos de acuerdo con Tartufari, quien expresa que la buena fe no es algo puramente negativo, como la simple ignorancia, sino que consiste en la persuasión positiva, racional y legal de que la cosa ó derecho perteneció al antecesor del adquirente.

La mera ignorancia, dice, no es suficiente por sí para determinar un fundamento seguro de la usucapión; la *absentia malæ fides* no puede suplir á la buena fe positiva.

Dedúcese también de las consideraciones expuestas que los requisitos necesarios para la existencia de la posesión de buena fe son: título, vicios en el título, ignorancia por el poseedor de dich . vicios. Los tres han de concurrir, es decir, han de coexistir, ha le presentarse conjuntamente. Estudiaremos cada uno de ellos.

tulo.—Todos los Códigos emplean esta palabra. ¿Qué quiere ecir con ella?

En nuestro entender, el Código español lo expresa con claridad: equivale á modo de adquirir. El principal efecto de la posesión es la adquisición de la propiedad, si no está ya adquirida, es decir, unida al dominio, caso en el cual la posesión se nos ofrece como una exteriorización de la propiedad. Pero en ambos es necesario un título, un modo de adquirir, base del dominio acumulado, si se nos permite la frase, esto es, del ya existente, ó del que se trata de conseguir.

El justo título es, generalmente, fiel compañero de la buena fe, mediando entre ambos consorcio tan íntimo, que cuando no van unidos es por una excepción del principio general. Pruébanlo cumplidamente los preceptos referentes á la prescripción adquisitiva. El art. 1.957 del Código declara que el dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con *buena fe* y *justo título*. El 1.959 del mismo cuerpo legal manifiesta «se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, *sin necesidad de título ni de buena fe*, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el art. 539 (servidumbres continuas no aparentes y discontinuas aparentes ó no aparentes, que sólo pueden adquirirse en virtud de título).

Los dos artículos transcritos demuestran lo cierto de nuestra aseveración. En el 1.957 se habla de buena fe y se habla también de título; se exige aquélla y se considera asimismo requisito necesario éste. En el 1.959 no se estima necesario el título y, consiguientemente, tampoco la buena fe. Y es que hay una razón fundamental: el que posee una cosa sin título, sin modo alguno de adquirir, sin haber recibido el dominio de otra persona, por cualquiera de los modos traslativos del derecho real por excelencia, no puede menos de comprender, de saber, que posee una cosa que no es suya, en el rigor jurídico y legal, y por tanto que posee con mala fe, y hablando en términos negativos, que no posee con buena fe. La propiedad sólo puede adquirse por los modos mencionados en el art. 609; luego el que trata de adquirir la de una cosa, con ausencia de alguno de ellos, desea adquirir á sabiendas contra ley, y la posesión de la cosa sería de mala fe.

La buena fe—dice Laurent—debe fundarse sobre un título y

este título debe ser traslativo de dominio. Para que el título revista esta última cualidad, es preciso que aquel de quien proceda sea propietario y tenga capacidad para enajenar. Por lo tanto, si el poseedor sabe que á su antecesor le faltaba título, no tiene buena fe, y no puede considerarse propietario porque no ignora que quien le transmitió el derecho no lo era. Del mismo modo, si dicha persona no tenía derecho para enajenar y el poseedor lo sabe, éste también carece de buena fe, pues no puede estimarse dueño cuando tiene conciencia plena de que su causa-habiente no ha podido transferirle la propiedad.

Parece desmentir nuestra afirmación el art. 1.955 del Código, puesto que en su § 1.° determina que el dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con *buena fe,* sin mencionar para nada el título; pero sabido es que el art. 464 declara que «en la posesión de los muebles, la buena fe equivale al título»; sin que tal equivalencia signifique, como por algunos se ha pretendido, que las cosas muebles se prescriben instantáneamente por la mera posesión. Las cosas muebles se adquieren por alguno de los modos que la ley reconoce, compraventa, permuta, donación, herencia, legado, etc. La ley no prescinde del modo adquisitivo. Si prescindiera erigiría la mera tenencia en título inviolable.

La equivalencia de la posesión al título proviene de que generalmente la transmisión de las cosas muebles se verifica sin solemnidades instrumentales de ningún género, y refluye en el amparo del poseedor y en su liberación de toda otra prueba que la que *ipso facto* revela la tenencia; mas sin que este supuesto *juris* se aparte de la regla general de todas las presunciones y dipute por inoficiosa é inválida toda prueba en contrario.

Pero estamos anticipando ideas que han de alcanzar su desarrollo en el comentario del art. 464, y por ahora reputamos suficientes las ligeras indicaciones que dejamos apuntadas.

A más, repetimos que se trata de una excepción, confirmatoria, por esta misma circunstancia, de la regla fundamental. Esto es, la de que la buena fe presupone el título ó modo adquisitivo, y tiene que ser así, porque la propiedad (y la posesión es la manifestación de ella ó el principio para obtenerla) sólo puede adquirirse por título, mientras no conste lo contrario. De aquí el llamado prescripción extraordinaria, es decir, excepcional, no

acomodada á la regla común, la de treinta años sin título y buena fe, y la de obedecer las disposiciones referentes á la de muebles, no á los principios rigorosos del derecho filosófico, sino á la conveniencia, á la naturaleza, á la condición particular de los bienes que permiten y aconsejan apartarse de los aludidos principios.

La mayoría de los Códigos extranjeros, al hablar de título, se refieren á título *traslativo* de dominio, no al adquisitivo, al originario. Se ocupan de la buena ó mala fe con relación al caso en que haya habido transmisión de dominio. Todos hablan de un antecesor en el dominio, de un título anterior, como lo hace el Código español en el art. 1.950, no así en el 433, donde se expresa en términos generales.

Nosotros creemos que también puede hablarse de buena ó mala fe con referencia al título originario, primordial, porque dicha cualidad, como personal, va con el sujeto, adquiera por sí ó adquiera de otro.

El modo originario, por excelencia, de adquirir, es la ocupación. Pues bien; si una persona adquiere un animal, objeto de caza ó pesca, faltando á las disposiciones de las leyes especiales, es claro que lo adquiere y posee de mala fe. Por el contrario, la tendrá buena si lo ocupa con arreglo á los preceptos legales.

El punto se ofrece con más claridad en el caso del art. 615. Determina este artículo que el que encontrare una cosa mueble de ignorado poseedor, deberá consignarla en poder del Alcalde del lugar del hallazgo, el cual publicará éste dos domingos consecutivos. Pasados dos años, desde el día de la segunda publicación, sin presentarse el dueño, se adjudicará la cosa encontrada al que la hubiese hallado.

Ahora bien; en este caso, si la persona que encontró la cosa cumple con el requisito marcado por el artículo, y por no presentarse el dueño de aquélla, se le adjudica la cosa, es indudable que posee de buena fe; mas si omite tal formalidad, su mala fe es evidente, por no haber cumplido con la ley, porque es manifiesta su intención de poseer lo que sabe que no es suyo.

Vemos, pues, que en la ocupación se presenta también buena y la mala fe, como cualidad personal del poseedor.

b) Vicios del título.—Es requisito indispensable. Si el título tiene vicio alguno, no hay por qué hablar de buena ó mala fe. cuestión de si el poseedor lo es de una ó de otra condición, sur

cuando, teniendo uno ó varios vicios el título, se duda si aquél los conocía ó no.

¿Cuáles son los vicios de que ha de adolecer el título? El artículo dice: «Vicio que lo *invalide.*» Invalido es lo no válido, é invalidar vale tanto como anular. Parece, pues, referirse la disposición legal al vicio ó vicios de un título, por virtud de los cuales deba ser declarado nulo, á los que destruyen el título, sean de fondo (falta de capacidad) ó afecten á la forma (falta de cumplimiento de solemnidades).

¿Concierne también á los vicios que producen la rescisión ó resolución del título? Laurent contesta afirmativamente, y manifiesta que desde que el comprador sabe que su antecesor no ha pagado el precio, no tiene la buena fe exigida por la ley.

Nosotros entendemos que no es posible responder de un modo exclusivo, dogmatizando el derecho para este caso y sin admitir justas excepciones. La mala fe no consiste en que el dominio que se transmite esté sujeto á nulidad ó rescisión, sino en que constando tal circunstancia, se pretenda ocultarla ó negarla. Pero la mala fe no existe por sí en la rescisión.

Presentaremos un ejemplo. *A*, compra una casa á *B*, por precio de 100.000 pesetas, á pagar en dos plazos, uno al contado de 50.000 pesetas, y otro al año, estipulándose que si no se abona el importe del segundo el día señalado, se rescindirá la venta. *B*, ¿no podrá transmitir á *C* su derecho sobre la casa, obligándose á pagar el precio estipulado? Verificando esta subrogación con el consentimiento del vendedor *A*, ¿no será válido el contrato celebrado entre *B* y *C*? Éste ¿no es cierto que tiene buena fe, á pesar de saber que *B* no ha pagado parte del precio? Así lo entendemos nosotros. Precisamente por constar que el precio no ha sido satisfecho, es por lo que creemos que existe buena fe; si se dijera que había sido abonado, no estándolo, es cuando existiría la mala, y aun algo más, la falsedad.

Ignorancia por el poseedor de los vicios del título.—Este requisito, de condición eminentemente subjetiva, personalísima, es el característico de la buena fe. Ésta tiene un valor moral casi más jurídico, porque afecta al fuero interno, á la conciencia de la ona. Buena fe vale tanto como conducta honrada, proceder nodado á justicia ó equidad en un asunto ó negocio, *negotium a fide contractum*, y mala fe, por el contrario, intención torci-

da, actos contrarios á la moral, á la razón. Así se dice «comercio de mala fe», aludiendo á los que en el tráfico de mercancías, sobre todo de sustancias alimenticias, venden á sabiendas artículos nocivos á la salud.

El conocimiento ó la ignorancia del vicio de una cosa por una persona, afecta casi siempre á la esfera íntima, y por eso, repetimos, es requisito personal. Por esta causa, más que la ley propiamente tal, la ley de la colectividad, impera sobre ella la individual, la de la conciencia.

Este requisito es el determinante de la buena ó de la mala fe, la línea divisoria entre una y otra. ¿Ignora el poseedor que su título tenía vicio ó vicios que lo invalidaban? Existe la buena fe. ¿Sucede lo contrario, esto es, el poseedor conocía la existencia de tales defectos? Es de mala fe. La buena fe es la convicción de que se posee bien, con razón, con ley; desde el momento en que el poseedor sabe que su título adolece de algún vicio, falta esa convicción.

Y que de antiguo la intuición y la ciencia de los legisladores ha visto en estas notas ó propiedades que acabamos de expresar los rasgos diferenciales de la buena y de la mala fe, es un hecho inconcuso que no necesita otra demostración que la cita de una ley del *Corpus juris civilis*.

En la ley 109, tít. XVI, libro 50 del Dig., se lee: *Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse;* es decir, comprador de buena fe es aquel que ignoró que la cosa era ajena ó juzgó que tenía derecho de venderla el que la vendió, fuese procurador ó tutor.

Corroborando esta ley, dice Ulpiano: *Qui auctore iudice compravit bonae fidei possessor est.*

Entremos ya en el estudio del art. 434. El legislador español, á semejanza de los extranjeros, partiendo sin duda del principio de que respecto de la buena ó mala fe, como cuestión de conciencia, y como tal del fuero íntimo de la persona, no pueden establecerse principios absolutos, afirma una presunción. La buena fe se presume siempre, dice el artículo, y al que afirma la mala fe en un poseedor corresponde la prueba. Los Códigos extranjeros proceden de igual manera consignando idéntica presunción, pero fuerza nos es elogiar al nuestro. Aquéllos, manifestando también que la

buena fe se presume, dicen, no obstante, «es poseedor de buena fe, etc.,» «la posesión *es* de buena fe», etc., es decir, hablan categóricamente, afirman cuándo existe la buena ó mala fe, siendo así que á seguida establecen sólo una presunción. El Código español no contiene esta contradicción de forma; su lenguaje es en extremo correcto. En el art. 434 consigna una presunción; el 433 debe hablar en armonía con él y así lo hace. No dice «*es* poseedor de buena ó mala fe»; emplea las palabras «*se reputa*», esto es, se estima, se considera, se presume, las propias y adecuadas á la idea de una presunción.

Hemos visto que el Código establece una presunción. Toda presunción legal exime de prueba al favorecido por ella (art. 1.250); pero pueden destruirse por la prueba en contrario, á no prohibirlo expresamente la ley (art. 1.251). Dedúcese de aquí que contra la presunción de buena fe cabría prueba, aun sin necesidad de la disposición del art. 434, por no prohibirlo la ley.

Como vemos, el artículo comprende dos particulares: presunción de buena fe: prueba en contrario.

La buena fe se presume *siempre*, declara el artículo, esto es, se presume que el poseedor posee *siempre* de buena fe. La afirmación no puede ser más absoluta. ¿Es cierta? ¿Habremos de presumir siempre que el poseedor ha tenido buena fe cuando existan vicios en el título, de tal linaje que el mismo título constituya para el poseedor la demostración de que posee indebidamente, ó cuando los vicios del título revelen, si no el conocimiento de los mismos por el poseedor, una ignorancia doctrinal ó legal inexcusable?

Las presunciones sólo las admite el derecho en cuanto la ignorancia de los hechos subsista, porque en esta ignorancia radica precisamente su justificación.

No hay que olvidar que de la controversia ha de surgir la necesidad de depurar la presunción de la buena fe. Así es, que mientras no se perfeccione la polémica y en su virtud se genere el pronunciamiento de un fallo, que defina una situación de hecho y aplique el derecho legislado consiguiente, el estado posesorio ha[illegible] que reputarlo de buena fe y protegerlo con los medios defen[illegible] que la ley tiene establecidos.

[illegible] la presunción de la buena fe, salva la prueba en contra[illegible] no subsistiese persistentemente y sin menoscabo, ¿podrían [illegible]carse, v. gr., los interdictos posesorios por la mera te-

nencia de una cosa ó el mero goce de un derecho? En modo alguno.

La buena fe, por tanto, hay que presumirla constantemente en el terreno convencional y polémico del derecho positivo.

Pero hay casos en los cuales, la mala fe es congénita del estado posesorio irregular que produce, y entonces, aunque sea hablando hiperbólicamente, podemos afirmar que hay que presumir la mala fe, ó lo que es lo mismo, que no es lícita la presunción de la *bona fides*. Tal sucede, según anticipábamos al formular la pregunta, cuando en el título existan vicios de tal linaje que de por sí constituyan para el poseedor la demostración de que posee indebidamente.

Ejemplos repetidos podemos presentar que prueban nuestra afirmación.

La mujer casada no puede enajenar sus bienes sin licencia de su marido, según prescribe el art. 61 del Código.

Si una persona compra unos bienes á una mujer casada, sin la autorización del marido, ¿cabe presumir que el comprador posee la cosa comprada con buena fe? El tutor necesita autorización del consejo de familia, según el núm. 5.° del art. 269, para enajenar ó gravar bienes del capital del menor ó incapacitado, El comprador, sin el requisito de la licencia del consejo, sin la justificación de la necesidad ó utilidad exigidas por el art. 270, ¿se presumirá que posee de buena fe? El que adquiera una cosa de persona que no sea el dueño sin estar autorizado por éste, ¿podrá presumirse que posee con buena fe, cuando el § 2.° del art. 1.259 declara nulo el contrato celebrado á nombre de otro por quien no tenga su autorización ó su representación legal? ¿Existirá la presunción de buena fe á favor de quien compre bienes de la dote inestimada sin licencia del marido, si la mujer es mayor de edad, ó sin la judicial y la persona designada por la ley, si la ley exige tales requisitos; del tutor, protutor ó mandatario que compren bienes del sometido á tutela ó aquellos de cuya administración estuviere encargado; del albacea que adquiera los del albaceazgo; de los empleados públicos, peritos, funcionarios del orden judicial y fiscal que compraren los bienes confiados á su car en cuya venta hubieren intervenido ó que estuvieren en litig ante el Tribunal en cuya jurisdicción ejercieran sus respectiv funciones, si en todos los casos enumerados prohibe la compr

artículo 1.459 del Código civil? La presunción de buena fe, ¿será aplicable al que por virtud de transacción adquiera el dominio de unos bienes, si la transacción se verifica sin la solemnidad correspondiente del art. 1.810, ó se refiere á objeto prohibido por el 1.814?

Más casos pudiéramos citar en pro de nuestra tesis; pero los expuestos son suficiente para demostrarla.

¿Es posible en los casos reseñados presumir la buena fe? En modo alguno. Por el contrario, lo que aparece patente y ostensible es la mala fe del poseedor. En todos los ejemplos expuestos, el poseedor lo es, sabiendo que su título adolece de un vicio, intrínseco ó extrínseco, que lo invalida; luego no es dable ni aun pensar la posibilidad de la existencia de la buena fe. Ésta requiere que el poseedor ignore, desconozca el vicio ó vicios de su título; cuando no haya tal ignorancia, y por el contrario, exista la certeza de que el poseedor conocía el defecto, no hay para qué hablar de buena fe; sería temerario y absurdo.

La ley, en los casos mencionados y en otros semejantes, exige ciertos requisitos ó contiene determinadas prohibiciones; luego el que celebra actos ó contratos contraviniendo éstas ú omitiendo aquéllos, ejecuta actos contra ley, y por lo tanto, nulos, á tenor del art. 4.° del Código. Y como, según el art. 2.°, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, esto es, no puede alegarse el desconocimiento de los preceptos legales, es claro que el que adquiere bienes contra lo dispuesto en la ley, posee de mala fe, sin que quepa á su favor la presunción contraria.

La teoría que mantenemos podrá parecer á muchos aventurada y radical, pero, no obstante, los radicalismos que puedan atribuírsele ha penetrado ya en el terreno del derecho positivo. El Código chileno es una prueba de lo que decimos. Afirma el artículo 706 de dicho Código que un justo error en la materia de hecho no se opone á la buena fe. Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. El precepto no puede ser más categórico, y firma nuestra aserción.

Ahora bien: ¿á qué caso alude la ley al hablar de la prueba a buena ó mala fe del poseedor? Al de que ésta sea un hecho endiente de la apreciación del juzgador, al de que se trate de cuestión de hecho, no de derecho. En los ejemplos consignados

no es necesaria la prueba; basta con expresar que el poseedor de la cosa adquirió ésta contra una prohibición de la ley, ó con falta de un requisito legal, porque la mala fe va implícita en tal conducta. Demostrado que el poseedor adquirió la cosa contra lo dispuesto en la ley, queda también demostrado *ipso facto* que la adquirió de mala fe.

Laurent sostiene que la regla de que la buena fe se presume recibe una excepción en el caso en que el poseedor alegue un error de derecho. «En nuestra opinión—dice,—el poseedor puede prevalerse del error de derecho que le ha hecho creer que el título de su antecesor era válido, siendo nulo; pero á él le corresponde probar el error.»

Dudamos de la certeza de la opinión de Laurent y disentimos, por tanto, de ella. Aparte del precepto del art. 2.° del Código, el principio de que el error de derecho á nadie excusa ni favorece, viene á destruir la opinión del insigne civilista belga. El error de derecho es el desconocimiento del precepto legal ó doctrinal, y este desconocimiento no puede ser alegado. ¿Quién va á sostener en los ejemplos propuestos que creía que era válido el acto ó contrato que celebró porque no sabía que estaba prohibido por la ley? Aun en el caso de que se tratase de un tercero, es decir, de una persona que comprase la cosa al que la adquirió primeramente sin la formalidad de la ley ó contra la prohibición de ésta, ¿cómo va á defender dicha persona, este tercero, que se había equivocado porque había considerado válido el título de dominio del trasmitente?

No; esto no es posible. Habrá tal vez algún caso en que será dable la prueba sobre el error de derecho; pero, á primera vista, no se descubre, y desde luego pudiera afirmarse que será una cuestión de hecho, aunque con ella se relacione íntimamente la jurídica. Así en el caso del tercero, podrá éste alegar que creía que quien le transfirió la posesión de la cosa era el dueño ó el legal poseedor de ella, porque así se lo dijo aquél, porque había ejercido actos de posesión, etc.; pero esto, como vemos, es cuestión de hecho.

Cuando la ley dice que la buena fe se presume, habla de la buena fe de hecho, toda vez que ésta es, por regla general, una cuestión de la expresada índole. Estas son palabras de Laurent que hacemos nuestras. El art. 434 se refiere al hecho de la buena

fe, al caso en que esta cualidad dependa de la apreciación del Juez, no al en que resulte ostensible por virtud de una infracción de la ley. En esta circunstancia, ¿qué prueba es necesaria? Ninguna: basta la simple demostración de haber faltado á la ley. Quien dice prueba, dice hechos; porque éstos son los que hay que probar. Se puede probar que una persona entregó á otra una cantidad; pero no hay que demostrar que está obligado á devolverla. El derecho, el precepto legal, no necesita justificación.

Claro está que en cierto modo existirá prueba, porque habrá que justificar la omisión ó la infraccion del precepto legal; mas no es esta la prueba en sentido estricto que concierne y se encamina á demostrar la certeza ó la inexactitud de un hecho.

¿Cómo se prueba la mala fe?, pregunta Laurent. La mala fe—contesta—es un hecho jurídico que, en virtud de la regla general del art. 1.341, debe probarse documentalmente. Pero la regla admite una excepción. La prueba testifical—añade—es admisible, siempre que no exista la posibilidad de una prueba por escrito; pero la naturaleza misma de la mala fe hace imposible esta última comprobación, porque el que quiere engañar se cuida bien de no hacer constar su dolo en un acto.

Hay otra prueba, admisible—dice—en el caso en que la ley acepta la prueba testimonial: las presunciones, que quedan á la prudencia del juzgador.

Las palabras de Laurent son exactas. Sería un caso rarísimo que el poseedor de mala fe permitiese voluntariamente la existencia de documentos justificativos de su conducta. Si no existen éstos, como sucederá en la mayoría de los casos, habrá que acudir á las demás pruebas admitidas por la ley, especialmente la confesión judicial, la testifical y las presunciones. Nuestro Derecho no establece restricción alguna.

Jurisprudencia.—*Sentencia de 15 de Marzo de 1867.*—La existencia ó falta de buena fe como condición necesaria para la prescripción, es una cuestión de mero hecho, que debe decidir la Sala sentenciadora, apreciando el valor de la prueba suministrada sobre ella, á cuya apreciación hay que atenerse ínterin no se sigue contra la misma que al hacerla se ha cometido alguna infracción de ley ó de doctrina legal.

Esta doctrina la consignan las sentencias de 18 de Octubre

de 1867, 15 de Marzo de 1869, 19 de Octubre de 1878 y otras varias que deliberadamente dejamos de mencionar por ser innecesarias.

Sentencia de 14 de Mayo de 1867.—El principio de derecho de la mala fe no se supone, no se quebranta, cuando la ley la da por existente, haciendo ó dejando de hacer lo que ella previene.

Sentencia de 20 de Octubre de 1870.—La mala fe no se presume mientras no se acredite.

Sentencia de 24 de Abril de 1880.—La mala fe para el efecto de la validez de la posesión no nace de la nulidad del título, sino de los motivos que concurran para conocerla.

Sentencia de 7 de Julio de 1884.— Fundándose la sentencia declaratoria de la buena fe de un comprador en el resultado de las alegaciones y pruebas del pleito, que á la Sala sentenciadora, corresponde exclusivamente estimar, según la jurisprudencia establecida, y á cuya apreciación hay que estar si no se impugna en la forma que exige el art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se infringe el precepto legal que dice que tiene únicamente buena fe el que compra ó gana la cosa, cuando piensa que el que se la da ó el que se la vende tiene derecho y facultad para hacerlo, y mala fe cuando sabe que el vendedor no es dueño ni esta facultado para vender lo que vende, consignado en las leyes 9.ª, título XXXIII, Part. 7.ª, que casi con las mismas palabras sostiene este principio; la 12, tít. XXIX, Part. 3.ª, que dice que compra con buena fe el que lo hace con la creencia de que el vendedor tiene derecho de enajenar, y con mala fe el que cree que el que le vende no es verdadero señor de la cosa, y 54, tít. V, Part. 5.ª, que dice que al comprar á uno que vende en su propio nombre la cosa que es de otro, solo tiene buena fe si ignora que aquella cosa no es de quien se la vende, pero que si lo sabe compra con mala fe y no adquiere el dominio, ni la posesión, ni puede prescribirla.

Sentencia de 15 de Octubre de 1885.—Todo poseedor se presume de buena fe mientras no se pruebe lo contrario, y si en la sentencia no se hace declaración alguna expresa que determine el concepto de poseedor de mala fe de la finca objeto del pleito por el recurrente, no debe privársele de los frutos de la referida finca percibidos hasta la litis contestación.

ART. 435. La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

Concordancias.—Análogo al art. 1.957 del proyecto de Código de 1851 é igual al 440 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXIX, ley 12.*—Dan, o cambian omes ya, algunas cosas que non son suyas, e aquellos a quien passan por algunas destas razones han buena fe en tomándolas, cuydando que aquellos de quien las reciben, han derecho de las enagenar. E por ende dezimos que si aquella sazon que ganaron possession de las cosas, ouieron buena fe, en auerlas assi como sobredicho es, maguer ante que los apoderassen, o despues la ouiessen mala, cuydando que aquellos de quien las ouieron, non eran verdaderos señores, non les empece a ellos, nin a sus herederos. Ca si fasta tres años fueren tenedores de aquello que assi tuuieron, ganarlo han por tiempo. Mas el que quisiesse ganar por este tiempo la cosa que ouiesse comprada, conuiene en todas guisas, que aya buena fe en essas dos sazones; quando la comprare, e que dure en ella fasta que sea apoderado en la cosa. Pero si aquel que fuesse apoderado de la cosa agena, por donadio, o por vendida, o por compra, ouiesse mala fe en ella ante que la ganasse por tiempo assi como dicho es, si despues la vendiesse, ó la enagenasse a otro, que supiesse que era agena: este atal non la podria despues ganar por tiempo: porque ouo mala fe a la sazon que passo a ella.

ART. 436. Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

Concordancias.— Análogo á los artículos 126 y 427 del proyecto de Código de 1851 é igual al 441 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 433.*

Partida 3.ª, tit. XXX, ley 12.—Despues que ha ome ganado la tenencia de alguna cosa, siempre se entiende que es tenedor della: quier la tenga corporalmente, quier non, fasta que la desampare con voluntad de la non auer: ca como quier que todavia non la tenga corporalmente la cosa, siempre puede ser tenedor della en su voluntad. E non tan solamente se entiende que es ome tenedor de la cosa por si mismo despues que es apoderado; mas aun lo es por su Personero, ó por su labrador, o por su amigo, o por su huesped, o por su fijo, o por su sieruo, o por cualquier destos que la tengan, e vsen della en su nombre.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 435 Y 436.—Dice Ihering en su genial concepción acerca del espíritu del Derecho Romano, que la propiedad desaparecería bien pronto si el propietario, para protegerse en el goce de su derecho, tuviera que probar su dominio cada vez que fuese puesto en duda. Nos vamos á permitir copiar algunas palabras de tan ilustre romanista: «Para que la protección completa asegure á la propiedad, es de necesidad absoluta que la exteriorización de la propiedad, es decir, que la mera posesión sea respetada y protegida. Las acciones posesorias representan los medios defensivos de la propiedad; la *reivindicatio* es el medio ofensivo. Pero si esta protección defensiva de la propiedad, no menos absoluta en su esfera que la protección ofensiva, en el sentido de que está concedida contra quien trate la propiedad con ese carácter, es independiente de la prueba de la propiedad, resulta de ello necesariamente que el no propietario que posea, goza igualmente del beneficio de esta protección. Para proteger al propietario como poseedor, se debe proteger al poseedor mismo de una manera absoluta. De ese modo la posesión ha venido á ser una relación jurídica independiente al lado y fuera de la propiedad como un *derecho sobre la cosa*. Se la puede caracterizar en dos palabras, diciendo que es una *situación de la propiedad* jurídicamente protegida por sí misma y erigida en un derecho independiente. Es preciso, por lo tanto, decir de la *bonæ fidei possessio* que es una forma de protección ofensiva de la propiedad que ha conquistado una independencia jurídica.»

Si, como dice Ihering, para que la propiedad sea protegida es menester que lo sea también la mera posesión, reconozcamos que

á dicho fin se encamina la presunción que el art. 434 establece y el 435 confirma al admitir la prueba en contrario.

Podemos repetir parafraseando el pensamiento del distinguido profesor que fué de la Universidad de Gottinga, que la posesión como un derecho sobre la cosa desaparecería bien pronto si el poseedor tuviera que probar su buena fe cada vez que ésta fuese controvertida por un extraño.

¿Qué otro medio de protección defensiva podían conceder los legisladores, más jurídico y eficaz que el de presumir siempre en el poseedor la buena fe, mientras no se demuestre lo contrario? ¿Qué es la aludida presunción jurídica sino una derivación por línea recta del axioma de derecho personal contenido en estas palabras: *Quilibet praesumitur bonus ac justus donec probetur contrarium?*

Por eso los Códigos civiles han puesto especial cuidado en consignar dicho principio, cuyo abolengo data de la legislación romana.

El Código Napoleón, al que daremos en la exposición las primacías de que disfruta en el orden del tiempo, considera en el artículo 550 poseedor de buena fe al que posea como dueño en virtud de un título traslativo de propiedad, cuyos vicios le sean ignorados, y añade: «desaparece la buena fe desde el momento en que le sean conocidos aquellos vicios.» Esta idea, desenvuelta con mayor amplitud, es sustancialmente la misma que expresa el artículo 435 que comentamos.

Pero el Código francés, que de un modo tan incompleto legisla respecto de la materia posesoria, insiste de nuevo en los artículos 2.268 y 2.269 declarando que la buena fe se presume siempre, y que basta que haya existido en el momento de la adquisición.

El Derecho italiano expresa el mismo pensamiento, repitiendo en el art. 701 las palabras del Código Napoleón.

El Código lusitano (art. 478) declara que la posesión se presume de buena fe en cuanto no se pruebe lo contrario, excepto en los casos en que la ley expresamente no admita semejante pre-ción.

Y por lo que atañe á los Códigos americanos, proclaman la ma doctrina, entre otros el chileno en el art. 707, el mejicano os 930 y 959, y el guatemalteco en el 649.

Compréndese esta unanimidad con sólo tener en cuenta el carácter universal del principio en que se funda.

Si el dolo y la mala fe no pueden admitirse sin que les preceda una rigorosa y plena demostración de su existencia, es indiscutible que sus contrarios, lo justo, lo equitativo y la buena fe, deben presumirse constantemente.

La buena ó mala fe, es decir, la intención correcta ó incorrecta del sujeto del derecho, no podemos apreciarla sino mediante un acto ó una serie de actos relacionados entre sí por el nexo de una idea ó dirección común. Estos actos podemos conocerlos de un modo pleno, ó tener un conocimiento inseguro y fluctuante ó permanecer en la ignorancia de los mismos. Nuestro conocimiento ó ignorancia de dichos actos, es un factor accidental que no implica su inexistencia, sino su realidad.

Lo que ciertamente no podemos concebir es una posesión sin causa moral ó interna; porque ó el poseedor tiene la *convictio domini*, es decir, la plena convicción de que es propietario de la cosa poseída, ó el *animus domini*, con la aprehensión de la cosa, ó meramente la aprehensión sin el *animus*, como en los casos de posesión derivada, ó la ausencia de la *bona fides*, y por tanto, la plena convicción de que no posee debidamente.

En el fondo de toda relación posesoria, encontraremos constantemente un elemento causal que trae su origen de un estado de conciencia.

Si este estado de conciencia se ha manifestado externamente por actos indubitados, podremos conocer la naturaleza de la posesión; mas si á la inversa, nos es ignorado, como quiera que hemos adquirido la certidumbre de su existencia, ó sea de la causa por el efecto perceptible, así como, v. gr., conocemos por el humo la presencia del fuego, tenemos que recurrir al terreno de las ficciones legales, al campo vastísimo y algo inexplorado de las presunciones jurídicas; nos vemos precisados, en una palabra, á presumir el elemento causal, interno de la relación posesoria, ese estado de conciencia del cual son reflejo la *opinió domini*, el *animus domini*, el *animus possidendi*, la *bona fides*. Las presunciones jurídicas son una secuela, por decirlo así, de la aversión que e el mundo moral manifiesta el espíritu hacia la ausencia de tod causalidad.

Admitida de consiguiente la legitimidad de la presunción

¿habremos de derivarla de la intención dolosa? Esto sería contrariar la aspiración común, valdría tanto como privar al poseedor de todo medio defensivo, y la relación posesoria se imposibilitaría, á menos de convertir la ley en amparadora del más refinado dolo. Por algo el sentir universal se halla contenido en el ya enunciado aforismo de *Omnis præsumitur bonus, donec probetur malus*.

El artículo que estamos desarrollando, relaciónase estrictamente con el 434. Dice éste: La buena fe se presume siempre. Preceptúa el 435. La posesión adquirida de buena fe no pierde: este carácter sino en el caso y desde el momento que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

El proyecto de 1851 afirmaba desde luego la presunción de la buena fe en tanto no se demostrase lo contrario, pero añadía, siguiendo las huellas de la legislación romana y de Partidas y las del Código Napoleón: Basta que la buena fe haya existido al tiempo de la adquisición.

Observen nuestros lectores que el Código civil, más lógico que el proyecto de 1851, reconoce la eficacia y poder irresistible de la prueba en contrario, y arrostrando las consecuencias del principio, y no extendiendo la presunción más allá de los límites que la crítica jurídica aconseja, admite que la posesión adquirida de buena fe pierde dicha cualidad eminente desde el momento que existan actos que comprueben que el poseedor conoce los vicios de la posesión, ó dicho en otros términos y con las mismas palabras del Código, desde el momento que se acredite que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

Como nexo común de los artículos 434 y 435, encontramos el principio de que al que afirma la mala fe del poseedor le incumbe la prueba. Diferénciase, no obstante, en su aplicación respecto de ambos artículos en cuanto la presunción que informa al primero, dice relación á la buena ó mala fe, como cuestiones, digámoslo así, de hecho y sujetas á la apreciación de los Tribunales, y la presunción que constituye el nervio del segundo, refiérese más directamente á los vicios ó defectos del modo ó título adquisitivo de la posesión. Los elementos comunes radican en la intención del poseedor, y en la asignación de la prueba al que afirme la mala fe del poseedor, ó que éste conoce los defectos del modo ó título.

Es elemento común el de la intención del sujeto, por cuanto el hecho de continuar poseyendo á sabiendas de que por los vicios del título ó modo, la posesión es indebida, envuelve fatalmente la destrucción de la buena fe. Es también elemento común la asignación de la prueba al que afirme el dolo en el modo adquisitivo, porque en la vida jurídica las convicciones particulares, digámoslo así, no causan estado, siendo preciso que esta convicción se declare por la autoridad que sea competente, y en virtud de la prueba que suministre el que afirma categóricamente la inexistencia de la *bona fides*. El peso de la prueba contraria ha de recaer totalmente en el propietario reivindicante, según afirma Donellus Hugo.

El legislador, al conceder al propietario, y por lo tanto, al poseedor, la protección defensiva de su propiedad ó posesión mediante el supuesto *juris* de una recta intención, de una *bona fides*, no quiso ni pudo querer que fuese aquel mismo el que hubiere de defenderse contra un tercero que la pusiese en duda ó la negase categóricamente. De proceder de otro modo, la protección defensiva se trasladaría de la ley á la voluntad del poseedor, contrariando el derecho universalmente reconocido.

Hasta tal punto ha sido atendida esta protección defensiva, que muchos, la casi totalidad de los legisladores, extremando su celo, han exigido la buena fe únicamente en el momento de la adquisición posesoria. El legislador español se ha conducido á nuestro entender correctísimamente aceptando la resultancia de comprobaciones contrastadas por la autoridad judicial; y sin renegar en un punto del principio de que la prueba incumbe al que afirma la inexistencia de la *bona fides*, proclama que esta última, no es sólo necesaria en el momento de la adquisición de la posesión, sino durante el lapso de tiempo indispensable para prescribir ordinariamente, en cuanto pueda lastimar un mejor derecho, plenamente comprobado. ¿Se quiere mayor demostración que las mismas palabras del art. 435? ¿No está redactado el artículo condicionalmente? ¿No dice que la posesión *adquirida* de buena fe no pierde este carácter, sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten qr el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente? Pues (llano que comprobada la existencia de tales actos que tornan vi cioso el modo adquisitivo y justificado asimismo que el poseedc

tenía pleno conocimiento de los vicios, la posesión *adquirida* de buena fe pierde este carácter; el argumento no tiene réplica. Desde el campo crítico podrá la decisión del legislador español ser motivo de censuras ó de alabanzas, pero en el terreno positivo hay que acatar su imperio. A mayor abundamiento, podemos citar el art. 436, que atento al modo adquisitivo y tratando de fortificar la protección defensiva de que antes hemos hablado, establece en pro del poseedor la presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario. Y todavía el art. 1.951, para desvanecer cualquier recelo, declara que las condiciones de la buena fe exigidas para la posesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 del Código, son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales. Otra demostración de que el pensamiento de los civilistas que han elaborado el Código vigente se ha decidido por el dictamen contrario, apartándose de la máxima *mala fides superveniens non impedit usucapionem*, es la de que habiendo tenido por precedente y guía de sus trabajos, el proyecto de Código civil de 1851, en cuyo art. 1.957, tomado del 2.265 del Código francés, se consigna la máxima de que es bastante que haya existido la buena fe al tiempo de la adquisición, no la han aceptado y recogido en un artículo.

Esta cuestión tuvo un día importancia, como hace notar Savigny, entre los escritores antiguos. El Derecho romano resolvió en consideración al comienzo de la relación posesoria. Varias leyes del Digesto comprendidas en el tít. III, libro 41, así lo atestiguan. Podemos citar la 15, § 3.°, la 4.ª, § 18, la 44, § 2.°, confirmatoria de la anterior, entre otras varias que omitimos por no fatigar la atención del lector. Por igual motivo nos abstenemos de transcribirlas.

La tercera Partida, aceptando los principios del Derecho romano, en contraposición con los del Derecho canónico, expresó en la ley 12, tít. XXIX, que trata de las usucapiones y de las prescripciones, estas palabras:

«Dan o cambian omes y a algunas cosas que non son suyas, e uellos a quien passan por alguna destas razones han buena fe tomandola cuydando que aquellos a quien las reciben han recho de las enagenar e por por ende dezimos que si aquella

sazon que ganaron possession de las cosas ouieron buena fe en auerlas assi como sobredicho es, maguer ante que los apoderassen, o despues la ouiessen mala cuydando que aquellos de quien las ouieron non eran verdaderos señores non le empece a ellos nin a sus herederos..... Pero si aquel que fuesse apoderado de la cosa agena por donadio, o por vendida, o por compra ouiesse mala fe ante que la ganasse por tiempo assi como dicho es si despues la vendiesse o la enagenasse a otro, que supiesse que era agena; este atal non la podria despues ganar por tiempo; porque ouo mala fe a la sazon que passo a ella.»

Como ya hemos dicho, el Derecho canónico mantiene la doctrina opuesta al Derecho romano, estableciendo, á tenor del capítulo XX, tít. XXVI, lib. II de las Decretales de Gregorio IX, que no es suficiente que la buena fe se tenga al tiempo de la adquisición, sino que es menester que exista también al tiempo de su perfección.

Los Códigos modernos, con unanimidad digna de ser notada, ponen especialísimo cuidado en formular correctamente la máxima romana, considerándola sin duda el complemento de la protección defensiva que comienza con el supuesto *juris* de la buena fe. Podemos citar, por ejemplo, los Códigos de las Naciones latinas, Francia, Italia y Portugal, en sus artículos 2.269, 702 y 520. Entre los Códigos americanos, el guatemalteco (art. 649) y el mejicano (art. 1.190).

Los autores modernos tampoco están muy acordes en punto á esta cuestión. Nuestro conocido expositor del Derecho castellano, Salvador del Viso, opone la doctrina canónica á la romana y de las leyes de Partida, y llega á sostener, sin duda con notorio error, disculpable por la exaltación de su religioso celo, que en concurrencia la ley civil y la canónica, debemos estar á lo que dispone ésta, y no á lo dispuesto en la ley civil, por ser la autoridad de la Iglesia, á la que pertenece juzgar de la bondad ó malicia intrínseca de las acciones por autorización del mismo Dios.

Troplong es también opuesto al principio romano, al que califica de contrario á la moral. De esta tacha lo defienden ardorosamente Marcadé, Taulier, Delvincourt y otros, con motivo de la controversia mantenida acerca del art. 2.235, y de la cual no hacemos mérito en este lugar por ser más adecuado el relativo al desarrollo de la doctrina de la prescripción.

Aunque nuestro parecer, favorable al Código español, queda en anteriores líneas abocetado, antes de desarrollar la doctrina vigente, bueno es que se conozcan los motivos que los legisladores franceses tuvieron para repudiar la máxima del Derecho canónico, aceptando incondicionalmente el principio de la legislación romana. García Goyena, al glosar el art. 1.957 del proyecto de 1851, en el que, como hemos tenido ya ocasión de expresar, consignábase el principio de que nos estamos ocupando, transcribió literalmente parte de dichos motivos consignados en el discurso 109. Hélos aquí:

«En cuanto á la mala fe superviniente á la adquisición de la posesión, es un hecho personal del que prescribe; su conciencia le condena, y no hay motivo que pueda cubrir su usurpación en el foro interno.

»Las leyes religiosas han debido emplear toda su fuerza en prevenir los abusos que pudieran hacerse de la ley civil, y para esto es esencial el concurso de las unas en el foro interno, y de la otra en el externo.

»Pero tampoco se debe dudar que la necesidad de las prescripciones no debe prevalecer sobre el temor del abuso; y la ley civil llegaría á ser puramente arbitraria é incoherente si después de haber señalado reglas fundamentales, se las destruyera por otras que estuviesen en contradicción.

»Estos son los motivos que han impedido conservar la que se había sacado de las eclesiásticas, y según la que era necesaria la buena fe en todo el curso de las prescripciones de diez y veinte años.»

Que el Código civil español no acepta las teorías romanas expuestas, que Hugolino y Placentino adaptaron á la doctrina sobre el comienzo de la posesión, tan controvertida en lo antiguo, es indiscutible. De otro modo, el art. 435 no envolvería implícitamente, según resulta, una distinción entre la posesión *adquirida* de buena fe, y esa misma posesión desprovista de la *bona fides*, á contar del momento en que se demuestre que el poseedor no ignoraba que estaba poseyendo indebidamente. El art. 435 hay que ...lizarlo, tomando como punto de partida la situación jurídica ... presupone, ó sea el estado posesorio que da por existente. ...ál es este estado posesorio? El de una posesión actual, y por ...anto, pasado ya el momento de su adquisición de buena fe.

Luego si aun después de adquirida la posesión de buena fe, cabe que ésta se destruya mediante la prueba practicada por el que afirme que el poseedor, con posterioridad á la adquisición alcanzó el convencimiento de que su posesión era viciosa, es incontrovertible que, dado este caso, la prescripción adquisitiva ó positiva no puede llegar á producirse por la falta de uno de los requisitos que compendiaba aquel antiguo aforismo, *si res apta, fides bona, et titulus quoque possidens juste, completo tempore legis.*

Para que la buena fe en la adquisición de la posesión aprovechase al poseedor, sin perjuicio, por ningún concepto, de la *mala fides superveniens*, fuera menester que el Código hubiese hecho la misma declaración que se lee en la ley 12, tít. XXIX de la Part. 3.ª, en el art. 1.957 del proyecto de 1851 y en los artículos de los Códigos extranjeros que dejamos mencionados. Y ya que no hiciera tal declaración por considerarlo innecesario para el efecto de la prescripción adquisitiva, no debió, si su propósito era consagrar las máximas romanas, admitir la posibilidad de una prueba en contrario, enervadora ó destructora de la continuidad de la buena fe. Al admitir dicha posibilidad, el pensamiento del legislador español ha quedado de manifiesto, á nuestro entender, con todo su relieve.

¿Ha sido lógico nuestro Código creando estas facilidades para la prueba de la mala fe superveniente durante el curso de la posesión? Todas las cuestiones en las que cabe teorizar y en su consecuencia decidirse por uno ú otro criterio, dejan siempre abiertas las puertas á la discusión, pero por esto mismo ambas soluciones son dignas del mayor respeto.

Sabemos que en este particular nos separamos del sentir generalmente aceptado, pero nuestro convencimiento nos lleva á defender al Código, que en seguimiento de una lógica jurídica irreductible, ha aceptado como lícita y legal la resultancia de una prueba enervadora de la presunción de la *bona fides*.

Toda presunción se deriva de dos factores ó elementos. *Primero*, un elemento absoluto; *segundo*, un elemento variable en lo tocante á su percepción por nuestra inteligencia. El factor de necesidad está constituído por la existencia de una causa; el factor variable lo está por el desconocimiento de la naturaleza jurídica del principio causal. Mientras estos dos factores coexistan, la presunción es lícita; cuando el segundo factor se modi-

fique y en lugar del desconocimiento de la causa, logremos averiguarla plenamente, la presunción no puede prevalecer, porque se destruyen las condiciones necesarias para su viabilidad.

La presunción posesoria y el conocimiento de los actos son términos antagónicos, y los Códigos que no aceptan estos principios, relajan la teoría de las presunciones á trueque de exaltar la protección defensiva de la *possessio*.

Porque después de todo, ¿cómo se explica la suficiencia de la buena fe en la adquisición de la posesión para el efecto de prescribir positivamente, sino mediante una tensión extraordinaria del supuesto *juris*, de esa misma buena fe? Sólo puede destruirse la eficacia legal de un hecho cierto, la influencia jurídica de un acto evidenciado, por virtud de la fuerza contraria de una presunción sancionada por la ley. La mala fe superviniente á la adquisición posesoria, una vez que aquélla haya sido demostrada adquiere la categoría de un hecho consumado, cuya influencia jurídica es indestructible, ¿cómo puede la ley en obsequio de la protección defensiva de la posesión esterilizar esa resultancia? Presumiendo constantemente la buena fe inicial.

El Código español admite las presunciones posesorias, digámoslo así, pero las condiciona por la resultancia final de una prueba practicada en contrario. La confirmación de esta verdad la tenemos patente en los artículos 434, 435, 436 y 459. El poseedor actual que demuestre su posesión (dice el citado art. 459) en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio mientras no se pruebe lo contrario. Refiérese este artículo á la magna duda tan discutida por Johannes acerca de si era suficiente la posesión al principio ó durante todo el curso de la misma. Nuestro Código acepta la doctrina francesa, ó sea la de que la posesión que ha sido probada en dos épocas diferentes tiene á su favor la presunción de la continuidad, durante el lapso intermedio, pero aún en este caso el susodicho artículo 459 mantiene en toda su pureza la eficacia decisiva de un estado jurídico producido por una demostración en sentido opuesto.

Reconozcamos, no obstante nuestras convicciones, respecto sunto discutido, que el conocimiento de la posesión indebida posterioridad á la adquisición, mantiene la apariencia de una sión justa en cuanto no haya un tercero que aporte la deración judicial de dicha mala fe.

La *mala fides superveniens*, considerada como convicción moral del poseedor, no traspasa los límites de una apreciación individual en el fuero interno. La conciencia, más ó menos escrupulosa, del poseedor, podrá argüir á su espíritu con mayor ó menor intensidad; pero en la vida jurídica dicho estado no tiene transcendencia alguna. En este sentido, la presunción de la buena fe inicial prevalece y puede llegar á producir la prescripción adquisitiva en el término ordinario. ¿Contradice esta consecuencia la doctrina sentada en el artículo? En modo alguno, porque las leyes se escriben para regular la vida externa del derecho y no las situaciones del espíritu.

Después de lo dicho compréndese desde luego que la cuestión se simplifica, por cuanto se reduce á averiguar el significado de las siguientes palabras empleadas por el artículo: *Desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente*. No quieren, á nuestro juicio, expresar, como pudiera á simple vista creerse, que la mera existencia de estos actos generadores del convencimiento del poseedor, por su exclusiva transcendencia, interrumpen la continuidad de la buena fe. Es indispensable que este convencimiento de la indebida posesión se demuestre ante los Tribunales de Justicia mediante el ejercicio de una acción.

La posesión es un medio sancionado por la ley para la obtención de un título dominical; así es que al hablar el artículo de posesión adquirida de buena fe, lo hace en contemplación á la finalidad de toda relación posesoria, cuando no se nos presenta como una estericrización de la propiedad, es á saber, en beneficio de los derechos del prescribente. Mientras no haya oposición por parte de tercero, el término prescriptivo va corriendo, amparado por la presunción de la *bona fides*. Adquiere el poseedor la persuación de que está poseyendo indebidamente, y, á contar de dicho momento, no es que se interrumpa el término prescriptivo, porque muy bien puede suceder que sólo el poseedor conozca lo indebido de su posesión, pero sí hay que reconocer que desde ese mismo instante existe la posibilidad de una demostración, que poniendo al descubierto con todo su realce la *mala fides superveniens*, destruya para el prescribente la buena fe, y an[illegible] los gérmenes, por decirlo así, del título dominical que toda pr[illegible] cripción lograda lleva consigo. Es decir, que la continuidad d[illegible]

buena fe, que es, en último término, la clave del art. 435, y, por consiguiente, la presunción que en el mismo se establece, sólo puede ser destruída atacando principalmente á la relación posesoria y no á la buena fe, como estado de hecho.

Esta conclusión, acaso prematura y un tanto brumosa por su misma abstracción, queda resuelta y clara respondiendo á una sencilla pregunta: ¿puede cualquiera persona, con capacidad de derecho, acudir á los Tribunales para demostrar la mala fe superveniente de un poseedor? O en otros términos: ¿establece el Código una acción pública para demostrar, en daño del prescribente, la mala fe sobrevenida con posterioridad á la adquisición posesoria? Como comprenderán nuestros lectores, la respuesta negativa acude inmediatamente á los labios. Por mucho que pese el interés de la moral, por grande que sea el empeño de un tercero en que se aplique la sanción civil de la mala fe, hay que reconocer que la conveniencia social, dentro del orden jurídico, padecería grave daño. ¿Qué beneficio reporta la inestabilidad de los derechos? Ninguno. Pues á una situación de completo desequilibrio nos conduciría la permisión legal de demostrar ante los Tribunales la *mala fides* de un poseedor, únicamente en reconocimiento de la más absoluta pureza de la continuidad de la buena fe en la prescripción positiva.

Consentir libremente probanzas de tal naturaleza, sin otra mira ni resultado que el de poner al descubierto los actos demostrativos de la mala fe del poseedor, lejos de recaer en provecho de la moral más estricta, redundaría en su desprestigio, porque se facilitaría á la intención dolosa de un tercero el instrumento más eficaz para el logro de sus propósitos. Pero independientemente de estas razones, existen argumentos capitales en favor del criterio que sostenemos.

Toda acción se propone recabar para aquel que la plantea un derecho propio; así el que ejercita la acción reivindicatoria, camina en seguimiento de la restitución de un derecho dominical; el que se acoge á la publiciana persigue la posesión civil; el que incoa la confesoria pretende obtener á su favor la declaración de
l derecho real de servidumbre, etc. ¿Qué derecho propio perse-
g ría aquel que intentase demostrar la mala fe del poseedor, sin
c fin que el de realizar dicha demostración? Absolutamente
l uno. Por otra parte, no habiendo verdadera colisión de dere-

chos, la declaración judicial no llegaría á producirse, y, en último término, el que hubiese practicado la prueba de la mala fe del poseedor se encontraría con un resultado de hecho, falto de la apreciación judicial y del pronunciamiento que causa estado, verdadero cuerpo muerto, sin más valor que el bien escaso de una mera información. La demostración de *la mala fides superveniens* es concebible jurídicamente como medio para destruir el derecho ajeno en beneficio del derecho propio.

Si la *bona fides* es un elemento integrante de la prescripción positiva ordinaria, la prueba de su inexistencia tiende derechamente á imposibilitar la prescripción; luego es incuestionable que la probanza de la mala fe está con respecto á la desposesión bajo su más amplio concepto, en la relación de medio á fin. Ahora bien; si toda acción tiende á un fin y no á un medio, queda fuera de duda la imposibilidad de ejercitar aislados aquellos actos que, cual los de que se trata, no conducen á fin jurídico ninguno.

¿Qué nos demuestran estas consideraciones? Un principio cuyo enunciado puede condensarse en las siguientes palabras: La *mala fides superveniens* sólo puede ser alegada y comprobada en pleito de posesión ó de dominio, y en su consecuencia, por aquéllos que se crean con acción para disputar la propiedad ó un mejor derecho posesorio.

Pondremos un ejemplo.

El poseedor de un bien inmueble adquirido de buena fe se persuade plenamente al cabo de cinco años de estar poseyendo, de que su posesión es indebida. Transcurren diez años, que es el término de la prescripción ordinaria entre presentes (art. 1.957), y en estas circunstancias, el poseedor es demandado de reivindicación por un tercero que, ostentando un título que él reputa preferente, trata de demostrar mediante la prueba oportuna que á los cinco años de la posesión adquirió el poseedor el convencimiento de que su posesión era viciosa. Si el poseedor alegare la excepción de prescripción, y el Tribunal, apreciando la prueba de la *mala fides superveniens*, la reputase como un hecho demostrado, ¿prosperaría la excepción alegada? Este es el problema.

Según el antiguo derecho, podía ser lícita la duda, porque de un lado la ley de Partidas se adaptaba exactamente á la doctrina romana, de otro la jurisprudencia pugnaba, al parecer, por emanciparse del yugo de una teoría que no se acomodaba á su

aficiones. Así lo demuestra, entre otras sentencias que pudiéramos citar, la de 9 de Mayo de 1863, en la que se consigna el principio de que no puede computarse para la prescripción de una cosa el tiempo que se la posee sin buena fe. Pero en el derecho novísimo, ¿es posible la fluctuación entre uno y otro criterio? En nuestro sentir, no, y en el caso que hemos expuesto nosotros, resolveríamos rechazando la prescripción alegada. En esto precisamente estriba la diferencia radical entre los Códigos que han aceptado la jurisprudencia romana y el Código civil español. Los primeros conceptúan que para prescribir basta la buena fe inicial, es decir, al tiempo de adquirirse la posesión; el segundo, á nuestro juicio, más lógico, reconoce todo el rigor de las presunciones defensivas; pero las subordina á la resultancia de una prueba aducida y realizada por la persona que estima tener sobre la cosa poseída un derecho preferente al del poseedor.

El Código parece exigir, á lo menos según sus palabras, que para que la buena fe en la adquisición posesoria se repute perdida, es indispensable que existan *actos* demostrativos de que el poseedor no ignora lo vicioso de su posesión. Si por los *actos* ha de demostrarse el estado de conciencia del que posee, teniendo la palabra *acto* un concepto personalísimo, por cuanto se contrae al ejercicio consciente de la vida de relación, ó lo que es lo mismo, á la producción de uno ó varios hechos mediante la determinación de nuestra voluntad, es incuestionable que la fuente primera de toda probanza debemos derivarla de los actos del poseedor. Pero si de la literalidad del artículo no es lícito obtener otra consecuencia, ¿habremos, por esto, de reducir nuestra actividad y encadenar nuestro derecho á la mayor ó menor cautela y pasividad de un poseedor sagaz? Desde luego respondemos negativamente.

Pueden existir hechos inductivos de la *mala fides superveniens* del poseedor, sin ningún acto directo por parte de éste. Tanto más fácil es que ocurran casos de esta naturaleza, cuanto que, sobre todo en ciertas comarcas rurales, por el descuido de los habitantes, por el fraccionamiento de la propiedad y por el excesivo coste que toda transmisión lleva consigo, mucha parte de los bienes raíces tienen sus titulaciones imperfectas, dado caso que las tengan, y las ventas se celebran sin ningún género de garantía y formalidad.

Para que nuestro pensamiento se comprenda más fácilmente nos vamos á permitir exponer un caso práctico.

Hay en el Código civil un artículo, á saber, el 975, cuyo texto es como sige: «la enajenación que de los bienes inmuebles sujetos á reserva hubiere hecho el viudo ó la viuda después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria.»

Del precepto transcrito se desprende que las enajenaciones de bienes reservables verificadas por el viudo ó viuda después de sus segundas nupcias no son inválidas, sino que pende de una condición resolutoria, ó sea la inexistencia de hijos del primer matrimonio.

Supongamos que un viudo *A*, por ejemplo, tiene un hijo *B*, en ignorado paradero. Contrae *A* segundas nupcias, y ocultando la existencia de *B*, transmite á *C* como propios algunos bienes raíces (*X*, *Y* y *Z*). *C*, ignorando que dichos bienes tienen la calidad de reservables, desconociendo la existencia de *B* y aventurándose en la venta, no obstante la carencia de títulos inscritos en el Registro, los adquiere, creyendo que la persona que se los transmite puede disponer libremente de los mismos por cualquier título y sin subordinarlos al cumplimiento de ninguna condición resolutoria.

En estas circunstancias fallece *A*, y su hijo *B*, regresando de lejanas tierras, convirtiéndose de ausente en presente, se establece en la localidad donde *C* habita y en la que radican los bienes inmuebles que éste adquirió de *A*. Admitamos que *B*, reconociendo alguno de los raíces poseídos por *C*, le demanda la propiedad de una finca y justifica en el pleito cuáles bienes tenían la condición de reservables y asimismo que si su padre los vendió como propios, fué ocultando la existencia de su hijo ausente en ignorado paradero.

Siquiera la demanda se haya dirigido por *B* solamente á la recuperación del fundo *X*, ¿no existen ya hechos cuyo conocimiento por el poseedor *C* es indudable, puesto que hemos supuesto que la demostración de los mismos ha tenido lugar en el pleito en el que dicho *C* es parte? Y sin embargo, ¿qué actos directos de *C* pueden señalarse en este ejemplo? Ninguno. Nadie dudará que, á contar de las pruebas á que hemos aludido, la

mala fides superveniens es indiscutible porque *C*, no obstante la buena fe que presidió en la adquisición, no puede ya continuar poseyendo sino indebidamente, ó sea con mala fe.

Otros varios ejemplos podríamos exponer, pero como para lograr la demostración de nuestra tesis nos basta con el que hemos desarrollado, ni hemos innecesariamente de torturar la imaginación lanzándola por el campo de los supuestos, ni tampoco tenemos derecho á fatigar la atención de los que nos lean.

Pasemos ya á estudiar en pocas palabras el art. 436.

Continúa el Código estableciendo las que hemos denominado presunciones defensivas, y entre éstas, reviste extraordinaria importancia la enunciada con las siguientes palabras: «Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.» El origen de este artículo, si es lícito decirlo así, lo encontramos en el Derecho moderno. Su fuente más próxima se halla en el Código civil francés (artículos 2.230 y 2.231).

Con el transcurso del tiempo y el constante estudio de los jurisconsultos, los principios sentados en dichos dos artículos se han ido purificando, y á la postre han encarnado en una regla concreta y sencillísima, verdadero arquetipo de la fórmula jurídica.

Dicen los artículos 2.230 y 2.231 del Código civil Napoleón (1):

«Se presume siempre que el poseedor posee para sí á título de propietario, mientras no se pruebe que comenzó á poseer en nombre de otro.

Cuando se ha comenzado á poseer en nombre de otro se presume siempre que se posee con el mismo título, mientras no se demuestre lo contrario.»

Tomó cuerpo en nuestro país la tendencia codificadora. Reuniéronse los civilistas que hacia mediados del presente siglo brillaron por su saber, y formularon el conocido proyecto de 1851. Acogiéndose al precedente, se contentaron con trasladar casi literalmente los artículos del Código francés que dejamos transcritos. He aquí la prueba de nuestro dicho. Art. 426: «Se presume que

---

Art. 2.230. *On est toujours présumé posséder pour soi et á de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on á commencé á posséder pour autre.*

t. 2.231. *Quand ou a commencé á posséder pour autrui, on est urs présumé posséder au méme titre s'il n'y preuve du contraire.*

cada uno posee por sí, mientras no se pruebe que principió á poseer á nombre de otro.»

Art. 428. «El que comenzó á poseer á nombre de otro se presume que continúa poseyendo en el mismo concepto, mientras no se pruebe lo contrario.»

¿Es posible mayor identidad en el concepto y en las palabras? La única diferencia consiste en que los legisladores franceses usaron la frase *au même titre*, y los españoles la tradujeron por esta otra, indudablemente más jurídica y más clara, *en el mismo concepto*.

Pero si los civilistas de 1851 se redujeron á copiar con exquisita fidelidad, los jurisconsultos encargados de llevar á cumplido término la obra de la codificación sustantiva civil, se han concretado á sintetizar, en tal forma y manera, que de dos nociones un tanto brumosas han formado una correcta y pura, pero acaso deficiente.

Se dirá: ¿Qué objeto tiene en la ley la enunciación de que cada uno posee por sí? Ninguna. La posesión lleva consigo, entre otras ventajas, la de estar el poseedor relevado de la prueba de la causa en cuya virtud posee. De aquí el supuesto *juris* que de un modo fatal acompaña á toda posesión.

No es posible negar que este argumento tiene mucha lógica. Pero ¿y en caso de vacilación? Porque el art. 436 presupone una posesión ya adquirida en un determinado concepto. Cuando se dude si la posesión que un poseedor disfruta es en nombre propio ó en nombre de otra persona, ¿aceptaremos la presunción que establece el art. 2.230 del Código Napoleón, ó aplicaremos por analogía, como pretende el Sr. Sánchez Román, las reglas del artículo 445?

Si bien este artículo implica una contienda sobre el hecho de la posesión, y la incertidumbre de si uno posee en nombre propio ó *alieno nomine*, aparte de no envolver ningún pugilato sobre el hecho externo y material de la tenencia, se nos ofrece amparada por una presunción, acogemos la opinión del distinguido Catedrático con recelo, porque nuestro ánimo se inclina hacia el lado donde milita la solución primera.

Si un tercero niega la posesión en nombre propio de aquella persona que aparece poseyendo, le incumbirá probarlo, pero no en el *Summariissimun* que el art. 445 establece, sino en el juicio posesorio correspondiente.

El Código no ha mencionado la presunción de que todo poseedor posee en nombre propio, acaso por reputarlo innecesario, pero hay que reconocer que el espíritu de este substancial supuesto de derecho, flota sobre los capítulos que de la posesión se ocupan é inspira muchos de sus artículos.

Continuando el análisis del art. 436, digamos que el sentido jurídico de los redactores del Código se pronunció desde luego por una simplificación. Mas ¿en qué forma? Refiriendo el fondo de la presunción al modo adquisitivo, contrayendo el contenido del supuesto de derecho al instante en que la posesión se adquirió, y derivando la persistencia y continuidad de dicha presunción del concepto en que la posesión fué adquirida.

Pero aun así el artículo resultaba deficiente, y para perfeccionarlo admitieron los legisladores la posibilidad de una prueba realizada de contrario, capaz de destruir el concepto inicial bajo el cual la posesión se produjo.

Mediante esta labor intelectual, nació á la vida del derecho en los términos en que hoy se encuentra concebida la presunción consignada en el art. 436.

De la importancia de dicho principio dan testimonio los Códigos extranjeros, poniendo especial cuidado en consignarlo en sus páginas.

Veámoslo. El Código italiano copia en el art. 687 las palabras del Código francés.

El Código portugués dice: «Puede adquirirse y ejercitarse la posesión, tanto en el propio nombre como en el de otro. 1.° En caso de duda se presume que el poseedor lo es en su propio nombre. 2.° Se presume que la posesión continúa en nombre de quien la comenzó.»

El Código de Méjico (artículos 922 y 924) traslada, lo mismo que el italiano, las palabras del Código Napoleón.

El Código chileno (art. 719) aclara mucho el concepto á trueque de mayor amplitud en la expresión. Dice así: Si se ha empezado á poseer á nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.

Si se ha empezado á poseer á nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

El Código de Guatemala (art. 519), sin formular un precepto categórico como el que acabamos de transcribir del Código

de la República chilena, admite una presunción que en cierto modo suple á la regla del art. 436 de nuestro Código. Consiste dicha presunción en reputar dueño al que posee una cosa si no se prueba lo contrario.

Algunos autores, remontando sus investigaciones, han creído encontar en el Derecho romano el origen del principio que estudiamos.

La regla *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, sirve de base á la referida hipótesis.

Las leyes 18 y 19, § 1.°, tít. II, y la 33, § 1.°, tít. III, libro 41 del Digesto, consignan dicha regla, y han sido citadas repetidamente.

No nos permite la índole de los comentarios penetrar en estas disquisiciones, pero creemos lícito consignar una sencilla opinión.

Las leyes del Digesto aludidas, establecían un precepto prohibitivo que, aun entre los mismos jurisconsultos romanos, dió margen por su anbigüedad á marcadas fluctuaciones de criterio. Celso, por ejemplo, nos ofrece en sus palabras un concepto imposible de concordar con el principio del artículo que analizamos.

Celso dice: *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis*... etc.

El art. 436 del Código civil español habla del *concepto* adquisitivo en relación directa con el 432, según el cual la posesión puede tenerse en uno de *dos conceptos:* ó en el de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derecho. Si la mutación de la causa en el Derecho romano dijera relación á la variación del concepto en cuya virtud se posee, lselano que la regla tantas veces consignada en las Pandectas, sería el genuíno precedente romano del artículo 436; pero acabamos de ver que Celso nos dice: «Lo que poseo en mi nombre, lo puedo poseer *alieno nomine*, pues *non muto mihi causam possessionis*.» Y es vano esforzarse en acomodar la antigua máxima romana á nuestro novísimo Derecho, porque si recurrimos á Marcelo en busca de claridad, aún encontraremos más brumas, y éstas se aumentarán si consultamos á Juliano.

La fórmula *nemo sibi causam possessionis mutare potest* es, nuestro juicio, profundamente romana, y no se explica sino adr tiendo las singularidades de aquel Derecho.

Savigny hace notar que solamente Gayo ha conseguido dilucidarla, aplicándola á ciertos casos poco numerosos, en los cuales era posible un cambio arbitrario por una de las partes en una causa legítima y eficaz en derecho, pero cuya influencia, por lo que atañe á la usucapión, se enervaba por dicha regla de derecho positivo. Gayo dice, en el fragmento 52, libro segundo de su Instituta, que el poseedor, á sabiendas de que una cosa es ajena, puede usucapirla. Así sucedía con la persona que poseía algún objeto de una sucesión no obtenida todavía por el heredero; porque en este caso era lícito usucapir *pro herede*.

Esta usucapión se lograba por la posesión de un año, atribuyendo Gayo tan *improba possessio et usucapio*, á que los antiguos querían que la herencia fuese adida en un plazo breve, con el fin de que no faltase nunca una persona que hiciese los sacrificios por el difunto, escrupulosamente observados en aquel tiempo, *et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur*.

Afirma Savigny que á esta singular institución es á la que se refería la antigua regla. Así, si alguno usucapia *pro emptore* ó si tenía la posesión natural en calidad de depositario, la usucapión *pro herede* podía serle muy ventajosa al poseedor en caso de muerte del propietario, porque se reducía á la mitad el tiempo necesario para usucapir. A esta ventaja se oponía la regla supradicha impidiendo que los que habían empezado á usucapir bajo cierta calidad pudieran arbitrariamente y con conciencia de la ilegalidad, cambiar la especie de posesión ya comenzada por la *pro herede* (1). Del mismo modo podía tener cabida la regla aludida en la *usureceptio*, toda vez que se podían usucapir por un año las cosas que habían sido enajenadas *fiduciæ causa*.

Quedan expuestas las razones por las cuales no aceptamos el parentesco próximo que ciertos autores, y entre ellos el Sr. García Goyena, tratan de establecer entre la antigua máxima romana y la sencilla y clara presunción defensiva del Derecho moderno.

---

(1) Ley 2.ª, § 1.°, tít. VI, libro 41, Dig.
od vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare po , sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam natura intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, ap quem res deposita, aut cui commodata est lucri faciendi causa pr ede usucapere posse.

Como todas las cuestiones que con la posesión se rozan despiertan insensiblemente las aficiones al derecho del pueblo romano, nuestros lectores no habrán de ver con disgusto estas breves excursiones, que, aparte de darnos á conocer la cuestión bajo todos sus aspectos, sirven como de estaciones de descanso en la fatigosísima labor del comentario.

Según ya dejamos indicado, el art. 436 se refiere de un modo inmediato al 432. No hay que involucrar las ideas, y para ahuyentar este peligro es suficiente investigar el significado de la locución de que el Código se vale, «concepto en que se adquirió».

Tiene de común este artículo con el que inmediatamente le precede la circunstancia de contraerse ambos al momento en que la posesión se adquiere, de referirse al modo adquisitivo.

Ahora bien: en la adquisición debemos distinguir, no tan solo la intención correcta ó incorrecta, la buena ó mala fe inicial, sino el concepto bajo el cual entramos á poseer. Muy amplia es la cabida de la voz *concepto*, tanto, que si el art. 432 no hubiese expuesto el sentido en que el legislador lo ha empleado, la duda y el recelo hubieran encontrado un medio apto para germinar. Y no es simplemente el art. 432 el que despeja la incógnita: debemos recordar el abolengo, digámoslo así, del artículo, su genealogía y observaremos que la locución *au même titre* se trocó al pasar al proyecto de 1851 en esta otra: *en el mismo concepto*.

El art. 432 del Código estatuye que la posesión puede tenerse en uno de dos conceptos: ó en el de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona.

Pero es que si la posesión *puede tenerse en uno de dos conceptos* es únicamente porque *puede adquirirse en uno cualquiera de esos dos mismos conceptos*. La consecuencia no puede ser más lógica.

Si *A* adquiere la posesión de una cosa en concepto de dueño, como tal se presumirá que continúa disfrutándola.

Si *B* adquirió la posesión natural de un fundo, v. gr., en calidad de usufructuario ó de arrendatario, se reputará que sigue poseyendo como mero tenedor.

El Código condiciona la presunción por la prueba en contrario.

En los mismos ejemplos antes expuestos, si *A* vende la cosa que estaba poseyendo en concepto de dueño y se reserva, por

ejemplo, el usufructo, tendremos que *A* habrá transmitido por el *constitutum* la posesión y la propiedad, pero á contar de la transmisión poseerá como usufructuario. A la inversa, si *B* usufructuario pierde por consolidación el derecho real de usufructo, es decir, por haber adquirido en pleno dominio la cosa usufructuada, *B* dejará de poseer como usufructuario y entrará á poseer en concepto de dueño.

Creemos que el artículo no requiere ni admite mayor explanación dada la índole y contextura de nuestro libro.

ART. 437. Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.

Concordancias.—Igual al art. 442 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tít. XXIX, ley 6.ª*—Sagrada, o santa, o religiosa cosa, non se puede ganar por tiempo. Esso mismo dezimos, que ome libre non se puede ganar por tiempo quanto quier, que ome lo tuuiesse en su poder por sieruo. Otrosi dezimos, que señorio para fazer justicia, non lo puede ganar ningund ome por tiempo, maguer vsasse della alguna sazon; fueras ende, si el Rey, o el otro señor de aquel logar, que ouiesse poder de lo fazer, gelo otorgasse señaladamente. E aun dezimos, que tributos, o pechos, o rentas, o otros derechos qualesquier que pertenezcan al Rey, e que ayan costumbrado, o vsado de darle, que los non puede ganar ninguno por tiempo, nin se pueden escusar que los non den; maguer estuuiessen alguna sazon, que gelos non diessen, o que gelos encubriessen, o porque los diessen a otri.

Part. 3.ª, tít. XXIX, ley 7.ª—Plaza, nin calle, nin camino, nin defesa, nin exido, nin otro logar qualquier semejante dest que sea en vso comunalmente del Pueblo de alguna Cibdad, o la, o Castillo, o de otro Lugar, non lo puede ningund ome g ar por tiempo. Mas las otras cosas que sean de otra natura, s como sieruo, o ganados, o pegujar, o nauios, o otras cosas

qualesquier semejantes destas, maguer sean comunalmente del Concejo de alguna Cibdad, o Villa, bien se podrian ganar por tiempo de quarenta años. E esto es, porque maguer que sean de todos comunalmente, non vsan comunalmente dellas todos, assi como de las otras cosas sobredichas. Empero si la Cibdad, o Villa, o otro Lugar, que perdiesse alguna destas cosas por tiempo de quarenta años, pidiesse despues deste tiempo fasta quatro años al Rey, o al Adelantado, o al Judgador del logar, que aquel tiempo passado non le empeciesse, e que le otorgasse, que la cosa non se perdiesse por el, deuegelo otorgar; e estonce non le empecera ninguna cosa el tiempo de los quarenta años. Mas si los quatro años passassen de mas de los quarenta, que los non pidiessen assi, dende adelante non lo podrian pedir; e el que la cosa tuuiesse, ganarla y a por tiempo de los quarenta años.

COMENTARIO.—No todas las cosas y derechos son susceptibles de posesión.

El legislador español, que descubre en la relación posesoria, cuando no una exteriorización de la propiedad, un estado inicial de la misma, una estación avanzada, como dice Ihering, no podía, discurriendo con lógica, concebir como objeto capaz de posesión, las cosas y derechos que no fueran susceptibles de propiedad.

De ahí el enunciado categórico del art. 437.

Antes de ocuparnos en su crítica, discurramos algo, bien por el campo de los precedentes y concordancias, como por el más limitado de las relaciones que dicho artículo mantiene con otra materia relegada á los últimos lugares dentro del plan general del Código. Nos referimos á la teoría de la prescripción.

Observemos una nota singular, que no debe pasar desapercibida. Nuestro Código civil requiere, en el objeto de la posesión, las mismas cualidades que exige en el objeto de la relación de propiedad. Y esto, ¿por qué? A nuestro juicio, porque considera á la posesión como el principio de aquélla. Desde este punto de mira, descubrimos ahora, con toda evidencia, que el art. 437 dice relación, no á la posesión como el estado aparente revelador del dominio á la faz del derecho, no á la posesión como exteriorización legal de un fin logrado, de una relación de propiedad realizada y perfecta, sino á la posesión como situación jurídica p-

fectible, como estación avanzada de la propiedad, presumible como tal, á virtud de los supuestos defensivos mientras no se demuestre lo contrario. Así considerado el art. 437 no puede referirse en absoluto á los que tienen la posesión natural en concepto de usufructuarios superficiarios, porque éstos poseen precariamente y su posesión, ó mejor dicho, su tenencia, reconoce por base una relación de propiedad perfecta que ellos son los primeros en reconocer. Respecto de los *jura in re*, el artículo alude directamente á dichos poseedores.

El art. 437 se contrae á la posesión como medio apto para conseguir la propiedad, mas no á la posesión como forma exterior de dicha propiedad.

Quedan ya, á nuestro juicio, de manifiesto las estrechas relaciones que existen entre el artículo que comentamos y la doctrina de la prescripción.

En efecto, si concebimos la posesión recayendo sobre cosas y derechos susceptibles de apropiación, es en cuanto puede conducirnos á la propiedad.

Tal vez sea este el motivo en que se han fundado algunos Códigos extranjeros para prescindir en absoluto de expresar las cualidades que han de concurrir en el objeto de la posesión.

Otros Códigos, por el contrario, las señalan categóricamente.

El Código portugués, por ejemplo, dice (art. 479) que únicamente pueden ser objeto de posesión cosas y derechos ciertos, determinados y que sean susceptibles de apropiación.

El Código italiano (art. 690) expresa que la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse, no tiene efecto jurídico.

Poniendo el ejemplo de un Código americano, citaremos el de Guatemala, en cuyo art. 631 se lee: «Sólo pueden prescribirse las cosas, derechos y obligaciones que están en el comercio, salvas las excepciones de la ley.»

El concepto de este último Código es análogo al que nos muestra el Derecho romano en la ley 9.ª, tít. III, libro 41 del Digesto. *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, excepti rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani, et civitatum item liberis hominibus.*

Nosotros aceptamos del legislador italiano la fórmula adecuada científica con que enuncia su pensamiento, y del Código Guatemala el lugar en que lo expone.

No peca ciertamente el artículo de nuestro Código por una extremada concisión. Las palabras de que se ha valido el legislador, aunque desde luego dejan adivinar su pensamiento, se prestan á interpretaciones erróneas. ¿Qué cosas pueden señalarse que no sean *susceptibles de apropiación?* En estricto derecho, únicamente los espacios por su inconmensurabilidad, los mares por su extensión, mas no por su naturaleza, sino por convenciones de los hombres, elevadas á la categoría de reglas inviolables.

Todo lo que tiene corporalidad es *susceptible* de apropiación. Lo es la tierra; lo son las cosas que están adheridas á la tierra y las que pueden trasladarse de un punto á otro; son susceptibles de apropiación los derechos sobre las cosas, puesto que la corporalidad de éstas se refleja en el derecho sobre las mismas.

El hombre, en un tiempo, fué también objeto de apropiación. Fué poseído y usucapido, y la prueba más elocuente la encontramos en la misma ley del Digesto, que hemos transcrito, en la cual se exceptúan de la usucapión sólo *los hombres libres*. Si hoy el hombre disfruta de libertad y los derechos inherentes á su persona son inalienables é imprescriptibles, débese al progreso del Derecho, pura y simplemente.

La apropiación gira sobre un eje, cuyos dos polos son: capacidad, poder; y en tal sentido, el hombre puede ser objeto de la apropiación de otro hombre más fuerte. Si no lo es, hay que atribuirlo, como hemos dicho, á que en los pueblos civilizados el imperio moral de la razón domina y subyuga al imperio material de la fuerza.

Intercalamos estas breves digresiones para comprobar que la locución empleada, ó sea *susceptible de apropiación*, es tan vaga; bajo sus amplios dominios pueden cobijarse tantos supuestos; son lícitas tales interpretaciones, que sin parar la atención en más defectos, debemos diputar por incorrecto el art. 437, siquiera, como ya dejamos expresado, la voluntad del legislador se deje entrever, medio oculta, por brumas y nubes.

El espíritu del Código es el siguiente. No puede ser objeto de posesión aquella cosa ó aquel derecho que no pueda á su vez serlo de una relación de propiedad privada. A lo menos nosotros creemos firmemente que éste ha sido el pensamiento de los legisladores españoles.

Pero si algún espíritu encariñado (que los hay) con las pre-

suntas excelencias de nuestro Código, y por ende sistemático contradictor de todas las justas críticas que al dicho cuerpo legal se dirigen, dudara de la exactitud de nuestra interpretación, para desterrar escrúpulos no tiene que hacer más sino volver la hoja, si consulta la edición oficial, y en la pág. 89, art. 460, § 3.°, leerá: El poseedor puede perder su posesión... etc., por destrucción ó pérdida total de la cosa *ó por quedar ésta fuera del comercio.*

Busque luego el art. 1.936, y observará que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres. No se necesita otra probanza. Continuemos la exposición de nuestra tesis.

Así, por ejemplo, un camino construído por el Estado, un camino provincial ó vecinal, una fortaleza, un puerto, un canal, una calle, una plaza, una fuente, etc. Todos estos bienes que hemos enunciado demostrativamente, tienen la condición de bienes de dominio público. ¿Son susceptibles de apropiación? Indiscutiblemente. Si no lo fueran, no podrían ser objeto de dominio; porque la cualidad de público ó privado no empece en lo más mínimo á la substancia de la relación dominical. El dominio público implica un disfrute colectivo, condicionado por las limitaciones que supone la coexistencia del derecho de todos los participantes de dicho dominio.

Tenemos ya probado que los bienes de dominio público son *susceptibles de apropiación*. Preguntamos ahora: ¿Pueden ser objeto de usucapión? ¿Puede producir efectos legales su posesión natural ó civil? La respuesta negativa se impone.

Pues he aquí cómo sin traspasar las lindes del Código acabamos de mostrar la incorrección del art. 437. Nuestros lectores han tenido ocasión de observar varios casos demostrativos de la necesidad de interpretar el aludido artículo, no según el sonido de sus voces, sino con sujeción al espíritu que de las mismas se desprende. Y es que el concepto jurídico que se expresa con las palabras *susceptibles de apropiación*, despega en absoluto de la [illegible]ridad y objetiva limitación, digámoslo así, que debe resplan[illegible]r en los textos positivos. La voz apropiación denota un enun[illegible]o genérico de la relación dominical. Así es que bajo su an[illegible]roso cerco tiene cabida lo mismo el concepto de bienes de [illegible]inio público que el de propiedad privada.

El error del legislador ha consistido en el empleo del concepto genérico con menosprecio del específico.

Para demostrar nuestra afirmación vamos á valernos de los mismos ejemplos que antes hemos puesto.

Un camino, una fortaleza, cuando dejan de estar destinados al uso general ó á las necesidades de la defensa del territorio, pasan á formar parte de los bienes de propiedad del Estado. ¿Pueden entonces ser objeto de posesión? Evidentemente, porque dichos bienes, á tenor del art. 348 del Código, revisten el carácter de *propiedad privada*.

De las consideraciones que preceden, deducimos: *primero*, que no es la *apropiación*, apreciada en abstracto, la nota característica que ha de concurrir en los bienes, para que sean susceptibles de posesión, y *segundo*, que el art. 437 ha debido redactarse en esta forma: «Sólo producirá efectos jurídicos la posesión de las cosas y derechos que puedan ser objeto de propiedad privada.»

El propósito del Código no ha sido otro que el de descartar de la posesión todas aquellas cosas que, no pudiendo ser contenido de una relación de propiedad privada, tampoco son aptas para ser usucapidas. Con sujeción á esta idea debió el legislador moldear su pensamiento. Y no se diga que, cuando se trata de fijar principios de derecho, como el que nos ocupa, debe aquél prescindir de toda labor restrictiva, porque contestaremos que la exactitud en la terminología no está reñida con la amplitud del concepto, y sobre todo, que cuando se legisla respecto de una fase concreta, en contemplación á una finalidad determinada, no es lícito emplear términos abstractos que lo mismo pueden referirse al fin del artículo como ser totalmente ajenos al mismo. El artículo 437 se ocupa del objeto de la posesión en cuanto mediante la influencia jurídica de esta última es posible que se genere una relación de propiedad privada, y es llano que el artículo 437 para poder galardonarse con los atributos de sobriedad, corrección y exactitud, no debió hablar de apropiación.

Aclarada ya, á nuestro juicio, la significación del artículo y definidos sus límites, enunciaremos las cosas que no pueden objeto de posesión. Entre éstas se encuentran:

Primero. Los bienes de dominio público, como los camin canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construídos por el E

tado; las riberas, playas, radas y otros análogos, como, por ejemplo, ensenadas, bahías, abras, por su analogía con las radas, los lagos y lagunas formados por la Naturaleza que ocupen terrenos públicos, por su semejanza con los ríos, etc.

Segundo. Los bienes que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común y están destinados á algún servicio público ó al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas mientras que no se otorgue su concesión.

a) Para que las dos categorías de bienes que dejamos expresadas conserven su calidad de dominio público y sean como tales, inalienables é imprescriptibles, es requisito esencial el de que estén destinados al uso general ó á las necesidades de la defensa del territorio. En otro caso, pasan dichos bienes á ser patrimoniales del Estado, y, por tanto, de propiedad privada.

b) Las aguas de domino público (1) pueden ser objeto de aprovechamientos comunes y de aprovechamientos especiales. Estos últimos se adquieren: primero, por concesión administrativa; segundo, por prescripción de veinte años.

Téngase muy presente que el aprovechamiento no merma el dominio público de las aguas. El dominio, como decía la Comisión que formuló la ley de Aguas de 1866 en la exposición de motivos, es un derecho absoluto é ilimitado sobre la cosa que

---

(1) Art. 407 del Código civil. – Son de dominio público:
1.° Los ríos y sus cauces naturales.
2.° Las aguas continuas ó discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces.
3.° Las aguas que nazcan continua ó discontinuamente en terrenos del mismo dominio público.
4.° Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos.
5.° Las aguas pluviales que discurran por barrancos ó ramblas cuyo cauce sea también del dominio público.
6.° Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos.
7.° Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario.
8.° Las aguas que nazcan continua ó discontinuamente en ...ios de particulares, del Estado, de la provincia ó de los pue... desde que salgan de dichos predios.
9.° Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos ...licos.

nos autoriza para hacer libremente de ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otro.

El aprovechamiento, por el contrario, es un derecho limitado, sujeto á las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido. Los concesionarios de aguas públicas no son reputados jamás verdaderos dueños de éstas, ni aun después de separadas de sus cauces naturales, sino como meros usuarios limitados al objeto para que se les concedieron, y sujetos siempre á la vigilancia de la Administración encargada de precaver todo abuso y desperdicio.

Si el aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere por prescripción, mediante el disfrute consecutivo de las mismas durante veinte años, sin oposición de Autoridad pública ni de tercero, es debido á los derechos que consigo lleva la permanencia del estado posesorio. Adquiérese, pues, el derecho de aprovechamiento, que es cosa muy distinta del dominio de las aguas. La ley establece un orden de preferencia (ley de Aguas, art. 160), y todo aprovechamiento especial de aguas públicas queda sujeto á la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, previa la indemnización correspondiente en favor de otro aprovechamiento que le preceda, pero no en favor de los que le sigan, á no ser en virtud de una ley especial.

Estas particularidades que hacemos notar, impuestas por la diversidad de usos á que las aguas pueden dedicarse, bien abasteciendo poblaciones, surtiendo las locomotoras de los ferrocarriles, facilitando á la tierra el jugo por excelencia para la germinación de las plantas y produeción de sus frutos, llenando los cauces de los canales navegables, sirviendo de elemento motor de los molinos y fábricas, etc., estas particularidades, repetimos, no cambian la naturaleza del dominio público de las aguas; lo limitan, de igual manera que sufre limitación la propiedad particular por consecuencia de un derecho real impuesto sobre la misma. La utilidad pública es el nivel regulador de los aprovechamientos especiales, porque es más beneficioso que las aguas públicas abastezcan las ciudades, creando á la vez empresas fomentadoras de la riqueza, ó surtan los ferrocarriles facilitando los medios de enlace é impulsando la producción por la proximidad de los productos al consumo, que en obsequio á la rigidez de

un principio y á la integridad de un derecho se la deje discurrir libremente por sus cauces, sin dar al espíritu de empresa, asociado del capital, el lugar debido.

Tercero. Los bienes de uso público en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, en cuanto discurran por terrenos del dominio provincial ó municipal; los paseos, jardines, plantaciones de arbolado, los arenales de las riberas de los ríos, los ejidos, lavaderos, mercados, establecimientos balnearios, canales construídos á expensas de las Diputaciones ó Ayuntamientos y demás obras públicas de servicio general costeadas por los mismos pueblos ó provincias.

Cuarto. Los bienes cuyo aprovechamiento comunal está reservado á los vecinos de los Municipios.

Después de la ley desamortizadora de 1.° de Mayo de 1855, que declaró en estado de venta, sin perjuicio de las cargas y servidumbres á que legítimamente estuvieren afectos, los bienes propios y comunes de los pueblos, podemos repetir con el Sr. Alcubilla, que semejante clase de bienes ha desaparecido.

Pero la ley desamortizadora exceptuó en su art. 2.° los terrenos que en la actualidad fuesen de aprovechamiento común, previa declaración de serlo, hecha por el Gobierno, oyendo al Ayuntamiento ó á la Diputación provincial respectiva; y por otra ley posterior de 11 de Julio de 1856 se exceptuó de la venta de bienes desamortizados entre los propios y comunes de los pueblos la dehesa destinada ó que se destinase al pasto del ganado de labor de la misma población, caso de no pertenecer á las ya exceptuadas en el aludido art. 2.° de la ley desamortizadora. La ley de 8 de Mayo de 1888 ha confirmado en su art. 1.° el derecho que por las leyes de 1855 y 1856 se reconoció á los pueblos para solicitar que se exceptuasen de la desamortización los terrenos de aprovechamiento común y gratuíto de sus vecinos y los que se hallaren destinados ó se destinen al pasto de los ganados de labor.

Los bienes que acabamos de expresar no son susceptibles de prescripción, y por eso los hemos incluído en la enumeración que venimos haciendo, separándolos de aquellos otros que, como camino, la calle, la plaza, la fuente, pueden ser utilizados, lo mismo por el vecino que por el extraño y el extranjero.

Ya lo explicó la ley de Partidas: «Calle, nin plaza, *nin dehesa*,

nin exido, nin otro logar qualquier semejante destos que sean en uso comunalmente del pueblo... non lo puede ningund ome ganar por tiempo.» Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado dicho principio, entre otras sentencias, en la de 17 de Diciembre de 1864, de la que vamos á insertar una breve noticia.

Entre el Ayuntamiento de la ciudad de Soria y la casa troncal de los doce linajes de la misma, se suscitó un pleito sobre la reivindicación de la tercera parte de la dehesa y monte llamado de Valhonsadero.

El Rey D. Alfonso, en 18 de Julio de 1294, por el fuero que otorgó á la villa de Soria, concedióle que el gobierno local se rigiese por el común ó concejo de la misma, que sus moradores tuviesen el aprovechamiento de pastos de la dehesa de Valhonsadero, en la que nadie pudiese cazar ni pescar sin permiso del concejo, á quien correspondía nombrar y juramentar los guardas; y, finalmente, que todos los que fuesen allí á vivir quedasen sometidos al fuero. Por una Real cédula, expedida en 15 del propio mes de Julio de 1294, confirmatoria del fuero, otorgóle además, entre otras franquicias, la de que tuviese sus montes e dehesas libres e quietas.

De una ejecutoria, expedida por la Real Chancillería de Valladolid en 22 de Octubre de 1512, resulta que, seguido pleito entre el Abad, Cabildo y clérigos de Soria, y ciertos letrados y otros hombres hijos-dalgo de la misma ciudad, que no eran acogidos en los linajes de ella y del común, de una parte, y de otra los Caballeros y Regidores de dicha ciudad y otros muchos escuderos por sí y en nombre de los hijos-dalgo, sobre aprovechamiento de la dehesa y monte de Valhonsadero, recayeron sentencias por las que se decidió que todos los vecinos de Soria pudieran apacentar sus ganados con arreglo á fuero en la referida dehesa, y el sobrante que lo arrendasen los Regidores y Caballeros de los linajes y el común de la ciudad, y partiesen entre sí, sin dar parte alguna de los productos á los otros Caballeros clérigos, letrados y escuderos que no eran de los linajes; pero prohibiendo á todos que rompiesen ni labrasen cosa alguna de dicha dehesa, sino que todo había de quedar para pasto.

Varias vicisitudes se fueron sucediendo en el decurso de los años, siendo la más notable la de que, seguido pleito por el Ayun-

tamiento y estado del común de Soria contra la Diputación de los doce linajes, para que reintegrase la tercera parte que había percibido de las rentas de las heredades llamadas de Tajones, propias de las tres Comunidades á consecuencia de un convenio celebrado entre ellas en 3 de Agosto de 1732, se libró Real ejecutoria por el Consejo de Castilla, en 3 de Septiembre de 1791, amparando á la Comunidad de los doce linajes en la posesión de percibir dicha tercera parte, y reservando su derecho á cada una de las tres Comunidades para que, en juicio competente, pudiesen tratar de la nulidad ó validez del citado ajuste ó convenio.

El Ayuntamiento de Soria, haciendo uso de la reserva de derechos que le confirió el Consejo de Castilla, promovió demanda en 12 de Enero de 1860, y acompañando la ejecutoria de 1512, alegó: que la dehesa y monte de Valhonsadero con sus labores adyacentes á Tajones, era propiedad del común de vecinos; que en las varias vicisitudes porque habían pasado las Municipalidades en su régimen y gobierno, hubo un tiempo en que formaron parte con el Ayuntamiento de Soria la casa troncal de linajes y el estado del común, administrando los tres los bienes del común de vecinos, y dividiendo, por efecto de esta misma administración y como retribución de ella, por terceras partes los productos líquidos de la dehesa y monte en la venta de sus hierbas sobrantes; que á consecuencia del cambio político dejaron de tener parte en la administración la casa troncal y estado del común, y debió, por lo mismo, cesar la primera como había cesado éste en la percepción de los productos que por participación en la administración local tenía en la dehesa, así como en los demás que por igual concepto recibía sola y exclusivamente; y que la posesión, único título que podía presentar la casa troncal, era precaria, como debida únicamente al tiempo que tuvo la administración con el Ayuntamiento, la cual no le daba ningún derecho á la cosa, como pretendía, debiendo restituir los frutos como poseedores de mala fe.

Los representantes de la casa troncal alegaron en contra: que ésta tenía dominio pleno por justos y legítimos títulos, hadose además de inmemorial en su posesión, y, por consiente, asistiéndole la prescripción que le servía, no sólo como io de adquirir, sino para rechazar toda acción; y que además eclarar la ley de 16 de Mayo de 1835 ser bastante la posesión,

disponía de una manera terminante, en sus artículos 11 y 12, que la prescripción, con arreglo á las leyes comunes, excluía hasta las acciones de reivindicación que pudieran presentarse por el Estado, por Corporaciones y particulares.

Habiendo recaído en dos instancias sentencia favorable á la demanda incoada por el Ayuntamiento de la ciudad de Soria, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, fundándose (entre otros argumentos que no incluímos por no aludir directamente al contenido del artículo que comentamos) en que no procedía la excepción de prescripción porque, por muy remota que se pusiese la posesión de la casa troncal de los linajes, siempre había sido precaria, porque la había tenido en el concepto de administradora y nunca en el de verdadera posesión, que reconocen las leyes como indispensables para prescribir, *fuera de que habiendo pertenecido la dehesa al común de vecinos de Soria, cuando menos desde la confirmación del Fuero de aquella ciudad, no era capaz de prescripción por su naturaleza, según la misma ley 7.ª, título XXIX de la tercera Partida, que se supone infringida, así como la 21 del mismo título, puesto que no han mostrado razón derecha para adquirir.*

Un distinguido escritor, verdadera autoridad en cuanto concierne á la legislación Hipotecaria, hizo constar en un periódico profesional, corroborando el criterio que ahora exponemos, «que »las fincas pertenecientes al común de vecinos no pueden inscri»birse en el Registro poniendo como dueños de ellas uno por uno »á todos los vecinos del pueblo, sino á la entidad Municipio, por»que los vecinos no tienen más derecho que usufructuar estos »bienes, en el mero hecho de que han adquirido la condición de »vecindad, derechos que pierden desde el momento en que se »hacen vecinos de otros pueblos. Por eso no pueden alegar de»recho de propiedad sobre parte alguna del terreno que compone »la finca comunal, y por tanto, no pueden enajenar las que ellos »crean que les corresponde.»

Después de la precedente enumeración se robustece más nuestra creencia ya formulada respecto á la incorrectísima redacción del art. 437. En estos mismos bienes de aprovechamiento comunal puede con suma facilidad darse el caso de vecinos que e tén poseyendo alguna parte de dichos bienes sin que por ell logren adquirir la propiedad de los mismos por prescripción.

Pasando á otros extremos, obsérvase que el Código habla, en el artículo que estamos comentando, de *derechos susceptibles de apropiación*.

Después de lo que hemos expuesto en el comentario del artículo 430, referente á la posesión natural y civil de los derechos, no puede suscitarse dificultad en lo tocante á la apropiación de los mismos. El contenido de la antigua *juris quasi possessio* ha pasado á formar parte del concepto de la posesión, fundiéndose aquellas relaciones que Savigny creía encontrar entre una y otra.

A) Así el derecho real de usufructo es susceptible de apropiación, en cuanto, dada su índole jurídica, se subordina á las notas ó propiedades que le son características.

El usufructuario puede aprovechar por sí la cosa usufructuada, arrendarla y *enajenar su derecho de usufructo* (prueba de que es un derecho susceptible de propiedad), pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo (subordinación de la relación de propiedad á la naturaleza del derecho real de que tratamos).

B) La posesión de las llamadas servidumbres reales no es tan sencilla como la de las denominadas por algunos servidumbres personales (derecho de usufructo).

La servidumbre puede consistir en la facultad de hacer alguna cosa ó de dejarla hacer *(servitus quæ in patiendo consistit)*, ó en la abstención de hacer alguna cosa que sería lícita si la propiedad no estuviese restringida por la servidumbre *(servitus quæ in non patiendo consistit)*. Hay que distinguir, como dice Savigny, cuidadosamente los casos para evitar peligrosas controversias.

No se posee de la misma manera el derecho real de servidumbre que el de usufructo. En éste, como hemos expresado, la posesión es continua y permanente; en la servidumbre de vereda, verbigracia, se posee á intervalos, porque lo que se tolera ejecutar es un acto independiente que no tiene más que una relación mediata con un fundo. En la servidumbre de *tigni inmitendi* poseemos de un modo permanente y mediante una relación inmediata
(el fundo. Lo mismo sucede en la servidumbre de vistas, si-
(ra no se manifieste de un modo material.

mos que, aun dentro del derecho real de servidumbres, no
(e identidad en la posesión, toda vez que no se posee la ser-

vidumbre positiva lo mismo que la negativa, ni la continua de igual modo que la discontinua, habiéndose producido entre los autores, y produciéndose aún, discordantes pareceres sobre la adquisición, ejercicio y pérdida de la posesión respecto de las servidumbres.

C) Aunque nuestro Código no menciona, ni al parecer admite el derecho de superficie, considerándolo nosotros como un derecho que tiene realidad y no es una pura ficción, digamos que en él se nos presenta otro caso de derecho susceptible de apropiación, como dice el Código, y por tanto, apto para ser jurídicamente poseído.

Pero si por lo que atañe á la posesión de los derechos reales no es lícita la duda, ¿es posible afimar lo mismo respecto de los derechos que denominamos de la personalidad y los derechos de obligaciones? Nuestro dictamen queda ya expuesto en el comentario del art. 430; así es que en este lugar nos limitaremos á hacer constar la opinión del docto civilista Sr. Sánchez Román, toda vez que su criterio y el nuestro coinciden.

Dice este autor que la posesión en sentido ya más concreto, pero nunca equivalente al derecho real de posesión civil, *similar* del dominio, es aplicable como estado jurídico permanente á los derechos de obligaciones de *tracto sucesivo* y de *tracto sucesivo continuo*, siendo los de esta última clase los de más pronunciadas analogías con la *cuasi posesión* de los derechos reales ó cosas incorporales. El Sr. Sánchez Román encuentra la confirmación de su doctrina en el art. 430 del Código civil.

Compréndese muy bien que en los derechos de obligaciones de mero ó simple tracto no quepa el *estado posesorio*, porque las obligaciones no se muestran reiteradamente, ya á intervalos, ya con continuidad, siquiera admitamos la posesión desde el punto de vista general y amplio con que es aplicable á todos los derechos.

El ilustre creador de la escuela histórica, Savigny, opina resueltamente que todo lo que expone y aduce en contra de la pretendida posesión de los derechos de familia es aplicable con mucha más razón á la posesión en materia de obligaciones, porq en la mayor parte de los casos no se concibe la posibilidad poseerlas.

Esto depende del concepto posesorio defendido por Savigi

el cual, después de hacer constar el hecho de que en la legislación romana la posesión se refería exclusivamente á la propiedad y á los *jura in re*, concluye convencido de que el derecho moderno no ha modificado la noción romana de la posesión, reduciéndose á desenvolverla y extenderla á nuevos objetos.

Y los derechos de la personalidad ¿pueden ser susceptibles de posesión? En tesis general, sí. Los posee aquel que los disfruta.

Como dice un distinguido escritor ya citado en estos mismos estudios, todo el que ostenta un derecho, cualquiera que sea su naturaleza, ya público, ya privado, en sus diferentes clases, tiene una verdadera posesión jurídica en el sentido más lato de esta palabra, en cuya posesión ha de ser mantenido por la ley mientras que por medios también legales no sea eficazmente contradicho.

Al buen orden social, como elemento necesario de toda vida jurídica, interesa partir de la presunción de que existe posesión legítima de estados civiles ó políticos, de derechos ó de cosas corporales en tanto no se demuestre lo contrario.»

La posesión de los derechos de la personalidad por aquel que los disfruta es incuestionable, contemplada la posesión desde un punto de mira amplio y general. Pero esta posesión tiene un aspecto característico, resultante de su peculiar naturaleza, y es que como los derechos de que nos ocupamos son personalísimos, las leyes que los regulan no pueden crear en favor de tercero otros derechos susceptibles de prevalecer en contra de los propios de cada persona.

Atenidos á esta conclusión, nos preguntamos: Si en abstracto es concebible jurídicamente la posesión de los derechos de la personalidad por parte de aquel mismo que los disfruta; mirando por el objetivo del derecho legislado, ¿es factible incluir entre los derechos susceptibles de apropiación de que habla el art. 437, los derechos de la personalidad? La cuestión tiene escasa realidad práctica; realidad teórica, si es lícito expresarse así, tiene mucha.

Tenemos que limitarnos á estudiarla desde el primer aspecto.

La pregunta que hemos formulado queda, á nuestro entender, resuelta, recordando lo que en el comienzo de este comentario imos de exponer referente á las relaciones del art. 437 con la rina de la prescripción. Desde este punto de mira, decíamos, ubrimos con toda claridad que el art. 437 dice relación á la sión, no como estado aparente revelador del dominio á la

faz del derecho; no á la posesión como encarnación legal de un fin logrado, de una relación de propiedad acabada y perfecta, sino á la posesión como situación jurídica perfectible, como estación avanzada.

Este contenido limitado del art. 437, no obstante su forma enunciativa de precepto abstracto, nos da resuelto el problema.

Los derechos de la personalidad son como la sombra que en la vida jurídica proyecta el sujeto de derecho. Y así como no concebimos la sombra separada del cuerpo, así tampoco es factible apartar por meras abstracciones los derechos de la personalidad, del sujeto de la relación jurídica. Por eso constituye un apotegma el principio tan repetido de que los derechos de la personalidad son inalienables é imprescriptibles. La posesión constante de estado, suficiente según varios Códigos civiles, y entre ellos el nuestro, para probar la legitimidad, no es una verdadera prescripción adquisitiva, sino un medio de prueba supletorio en defecto de otros más eficaces, la última consecuencia de una presunción que toma su punto de arranque de la continuidad de un estado de hecho de la persona, que muy bien podemos calificar de comprobatorio por los signos aparentes, tales como el uso de apellido, la facilitación de alimentos, la vida en compañía de los padres, etc.

Es, pues, inconcuso que los derechos intrínsecos á la personalidad no son perfectibles, porque no admiten estados iniciales, sino que alcanzan su máxima perfección desde el momento en que nacen.

Así considerados, como quiera que los derechos de que hablamos no son susceptibles de usucapión, y su posesión, en el amplio concepto aplicable á todos los derechos, no es otra cosa que la manifestación de un estado jurídico perfecto, los reputamos desde luego excluídos del art. 437.

Conste que hablamos desde la linde del derecho positivo y mirando hacia la jurisdicción propia de éste. El sentido que descubrimos en el art. 437 nos obliga á dejar consiguadas las afirmaciones que preceden.

CAPÍTULO II

DE LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Tócanos estudiar el segundo de los tres capítulos en que divide nuestro vigente Código la exposición de la doctrina posesoria.

Dedicado el cap. I á presentar el concepto de las dos especies que admite, ó sea de la posesión natural y de la civil, y á desenvolver dicho concepto al tenor de las diversas fases con que la posesión se nos ofrece en la vida del derecho; bien estableciendo las presunciones que la amparan, ya expresando categóricamente cuáles cosas y derechos pueden ser objeto de la misma, bien puntualizando los caracteres que han de concurrir en el sujeto para merecer la cualidad de poseedor de buena fe, ya manifestando los conceptos en que la posesión puede tenerse; forzoso era dedicar el capítulo II á desarrollar los principios referentes á la adquisición posesoria.

Tres modos, digámoslo así, reconoce el Código, por los cuales podemos adquirir la posesión.

1.° La ocupación de las cosas. 2.° El sometimiento de éstas á la acción de nuestra voluntad. 3.° La realización de alguno de los actos propios y formalidades legales, establecidas con el fin de alcanzar la posesión. Pero estos tres modos positivos pueden reducirse á

una sola manifestación natural; es á saber, aquel estado de las cosas en que permanecen subordinadas á nuestro albedrío.

Cuando ocupamos una cosa corporal poniéndola en inmediato contacto físico con nuestros órganos, por la aprehensión ó por el ponimiento de pies, como la ley de Partidas decía, realizamos un hecho mediante el cual sometemos dicha cosa á la acción de nuestra voluntad; cuando por virtud de un acto eminentemente jurídico, como, v. gr., el otorgamiento de una escritura pública de compraventa, el depósito de la cosa pignorada en poder de un tercero, ganamos posesión, de igual manera el objeto de la relación posesoria, la cosa poseída, queda subordinada á las determinaciones de nuestra voluntad. Pero si la manifestación natural, en cuanto afecta al estado de hecho en que las cosas permanecen, es idéntica en estos dos modos adquisitivos á que nos hemos referido, en el orden legal, por necesidad tenía el legislador que considerarla con relativa independencia; porque jurídicamente, no es lo mismo el acto material de la aprehensión, donde se revela la fuerza física individual, que el acto legislado en cuya virtud una cosa se somete á nuestro poder por un efecto indeclinable del imperio legal.

Por esto, prescindiendo de la lastimosa contextura del art. 438, y depurando por abstracción el espíritu encerrado en su natural defectuoso, creemos que el legislador español ha procedido con acierto especificando los dos modos, uno material y corpóreo, digámoslo así, otro incorporal y eminentemente jurídico, por los cuales podemos llegar á adquirir la posesión.

Pero así como significamos complacencia por es

proceder de nuestro Código, lamentamos que se haya elevado al nivel de los dos modos adquisitivos expuestos un tercero, constituído por los actos propios y formalidades establecidas por la ley con dicho fin. Tales medios y formalidades no son por sí, modos adquisitivos, propiamente tales, sino medios sancionados por el Derecho para la obtención de un modo de adquirir. Un modo originario, llamémosle así, es, v. gr., la aprehensión de una cosa; un medio conducente á dicho modo será, por ejemplo, la posesión judicial. ¿Es lícito prescindir de esta distinción y afirmar en absoluto que la posesión judicial apreciada en su genuino significado, ó sea como conjunto de procedimientos ó solemnidades establecidas por la ley para la realización del fin expuesto, es por su propia naturaleza un modo adquisitivo? Opinamos negativamente; porque la posesión judicial al conferirnos la tenencia de una cosa, al remover los inconvenientes que estorbaban su ocupación, viene á ser absorbida por el modo adquisitivo originario, identificándose con él. Si los actos ó formalidades estatuídas por el derecho para adquirir la posesión, tuvieran realidad independiente, no refluirían en alguno de los dos modos que el mismo art. 438 establece, ya consintiendo la ocupación material de la cosa, ya subordinando esta última á la acción de nuestra voluntad.

Lo mismo cuando adquirimos la posesión ocupando físicamente las cosas, que cuando las sometemos á nuestro albedrío por actos jurídicos encaminados á dicho fin, se revela la existencia en el sujeto de derecho de un poder influido por un elemento espiritual, por una virtud atractiva que, á compás de su mayor

desarrollo, va mostrando en el orden social, y por lo tanto, en el jurídico, las fases más perfectas del concepto posesorio. Y esta perfección no puede menos de manifestarse en la doctrina que estamos estudiando.

En el orden de la naturaleza, esta virtud atractiva mediante la cual los seres animados se apropian las sustancias que su nutrición exige ó que su apetito les sugiere, representa en el orden jurídico el aspecto más rudimentario de la adquisición posesoria: la ocupación de los frutos y de los animales que pueblan la tierra, los aires ó las aguas. He aquí uno de los modos adquisitivos originarios á los cuales alude el art. 438.

El elemento interno mediante el cual se constituye la relación entre el sujeto de la posesión y la cosa poseída, puede manifestarse en una determinada dirección, en la de haber la cosa como propia, naciendo ya la intención regulada por el Derecho. Esta intención es susceptible de perfeccionamiento, apareciendo la voluntad, no ya en las iniciaciones del fin perseguido, sino en las realidades del fin logrado. Entonces, por la virtualidad propia de los hechos que la misma ley sanciona, adquiere el sujeto la posesión, no por el empleo adecuado de su fuerza física, sino por el poder del Derecho que, reconociendo la eficacia de los actos ejecutados en seguimiento de un fin legal y bajo la inspiración de un sentido jurídico, les asigna la transcendencia y efectividad de que ellos, aisladamente considerados, hubieran carecido. Y he aquí el segundo de los modos adquisitivos originarios á que se refiere el artículo 438, al estatuir como principio cardinal que la posesión se adquiere por el hecho de quedar las cosas sometidas á la acción de nuestra voluntad.

Bien puede sostenerse que sobre estos dos pilares descansa todo el capítulo en cuyo estudio vamos á penetrar, siquiera se consignen principios tales como el referente á la ineficacia de los actos meramente tolerados y de los ejecutados clandestinamente ó con violencia, y reglas de la naturaleza de las llamadas á decidir acerca de la controversia sobre el hecho de la posesión, cuyas reglas y principios por su generalidad, y sin detrimento del plan adoptado, con igual fundamento pudieron haberse incluído en el capítulo primero, y acaso con más motivo en el tercero.

Después de establecer los modos por los cuales se adquiere la posesión, era lo natural que el Código refiriese la adquisición posesoria á las personas aptas para ser sujetos de la misma, y de ahí el art. 435, según el cual, la posesión puede adquirirse por la misma persona que va á disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato, si bien en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

Una adquisición posesoria propiamente dicha es la que tiene lugar por la sucesión hereditaria; mas como quiera que ninguna herencia se considera aceptada, y con la herencia la continuidad de la representación del difunto con sus obligaciones y facultades, mientras no sea adida, bien de un modo expreso, bien por actos ú omisiones indirectos que revelen la tácita aceptación, de aquí también que el Código, con impropiedad de expresión pero con pureza de concepto, manifieste que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero, sin interrupción, desde el momento

de la muerte del causante en el caso de que llegue á adirse la herencia. Consecuencia de este principio es aquel otro que el art. 442 consigna, y según el cual, el que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban.

Una fase interesantísima de la materia presente es la adquisición posesoria que pueden realizar por sí los menores y los incapacitados, y de ello se ocupa el artículo 443.

Finalmente, encuentra fácil acomodo en este capítulo segundo, el axioma contenido en el art. 441, á cuyo tenor, en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga á ello, debiendo aquel que se considere con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, impetrar el auxilio de la Autoridad competente. Axioma éste, cuya inutilidad fuera manifiesta si con su enunciación no tratara el legislador de impedir á todo evento la justicia por propia mano, tan transcendente en el Derecho germánico y de la que en nuestro mismo país consérvase una manifestación curiosa en el por tantos conceptos celebrado Código tortosino. Y hemos dicho que la inutilidad del axioma fuera notoria si no encubriese otra mira altamente jurídica, porque armonizando los artículos 444, 445 y 446, dedúcese el mismo principio que se consigna en el 441.

Hechas las consideraciones que preceden y cor - cido en sus líneas generales el desarrollo dado por l Código á la doctrina de la adquisición posesoria, c -

tramos desde luego en el comentario de cada uno de los artículos que constituyen el capítulo segundo.

ART. 438. La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad, ó por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho.

Concordancias.—Análogo al art. 425 del proyecto de Código de 1851, é igual al 443 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXX, ley 6.ª*—Ganar queriendo algund ome alguna possession de castillo, o de casa, o de otra qualquier, ha menester que faga dos cosas. La vna que aya voluntad de la ganar. La otra, que la entre por si corporalmente, e la tenga, o otro alguno por el en su nombre. E si alguna destas dos cosas le falleciesse, non la podria ganar. Empero, si vn ome vendiesse a otro alguna cosa, o gela diesse, o gela enagenasse en alguna otra manera; e estando la cosa delante, dixesse el que la enagenaua al otro, que lo apoderaua en ella, veyendola ambos a dos, maguer este atal non la entre, nin la tenga corporalmente, abondale tal apoderamiento de vista, para ganar la tenencia della.

Part. 3.ª, tit. XXX, ley 7.ª—Enagenando, o vendiendo vn ome a otro, trigo, o vino, o olio, o algunas otras mercadurias que estuiessen en Alfondiga, o Almazen o en otra casa qualquier, dandole las llaues de aquel lugar do estuuiessen las cosas, e estando y delante: por tal apoderamiento como este, que le faze dandol las llaues, entiendese que le apodera tambien de las mercadurias que son en la casa, maguer non las vea, como de las llaues que le da a paladinas: e gana la tenencia de las mercadurias, bien ,i como si le apoderasse dellas corporalmente veyendolas.

Part. idem, tit. idem, ley 8.ª—Dando algun ome a otro heredaento, o otra cosa qualquier, apoderandole de las cartas porque el ouo, o faziendo otra de nueuo, e dandogela, gana la posse-)n, maguer non le apodere de la cosa dada, corporalmente.

Part. idem, tit. idem, ley 9.ª—Enagenan los omes los vnos a los otros sus heredamientos a las vegadas a tal pleyto, que retienen para si en toda su vida el vsofruto dellos, o despues que los han enagenado, ante que apoderen dellos a aquellos a quien los enagenaron, arriendan los de los compradores. E en qualesquier destos casos dezimos, que gana la possession de la cosa aquel a quien es enagenadu: e aun ha el señorio en ella, bien assi como si fuesse apoderado corporalmente della. Esso mismo seria, si aquel que enagenaua la cosa, dixesse: otorgo, que de aqui adelante tengo la possession della en vuestro nombre.

Part. idem, tit. idem, ley 10.—Seyendo algun ome apoderado de casa, o de heredamiento, o de otra cosa qualquier por aquel que la tiene, o por su mandado, gana la tenencia verdadera della. Esso mismo seria, si lo apoderasse el Judgador, o su mandado, por razon de paga, o porque auia vencido en juyzio la cosa, prouando que era suya. Mas si el fuesse apoderado della por mengua de respuesta, o porque el la entrara por fuerça o la robara, como quier que el sea tenedor, non ha por ende la verdadera possession. Ca viniendo su dueño, puedela cobrar, assi como diximos en las leyes que fablan en esta razon.

Part. idem, tit. idem, ley 11.—Vendida, o enagenada seyendo alguna cosa algun ome, si aquel a quien la enagenasse, fuesse metido en la tenencia de la cosa, sabiendolo el señor, e non lo contradiziendo, ganaria estonce el otro la tenencia tambien como si el señor gela ouiesse entregado por si mismo. Esso mismo dezimos que seria si aquel que enagenasse la cosa diesse la tenencia della al Personero del comprador; o si el comprador la diesse a alguno, despues que la ouiesse comprado, que la tuuiesse en su nome. Ca en qualquier destos casos se gana, e se retiene la possession de la cosa.

ART. 439. Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va á disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandat alguno; pero en este último caso no se entenderá ad quirida la posesión hasta que la persona en cuyo nom bre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

Concordancias.—Análogo al art. 425 del proyecto de Código de 1851, é igual al 444 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Veánse los precedentes del art. 431 y Part. 3.ª, tit. XXX, ley 5.ª, inserta en el art. 432.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 438 Y 439.—I. *Consideraciones de índole general.*—Llegamos dentro del campo peculiar de la doctrina posesoria á uno de los puntos más espinosos y debatidos. El por sí solo aporta material suficiente, no para un sencillo comentario cual el que nos vemos obligados á redactar, sino para un estudio minucioso donde, al lado de las opiniones propias, habrían de figurar las expuestas por los autores que han contribuído con sus escritos á la formación de una literatura posesoria abundantísima. Constreñidos por la índole literaria del comentario y por la limitación que éste imprime á nuestros escritos, nos reduciremos á dar cuenta de las opiniones de los dos maestros cuyas obras, digámoslo así, constituyen época: Savigny y Ihering, y á exponer sumariamente aquellas consideraciones que el estudio del artículo nos sugiera.

Una base viciosa, la oncena, debería servir de núcleo al artículo 438. Ya al comentar el art. 430 hicimos notar los defectos gramaticales, lógicos y aun jurídicos de que aquélla adolece, y ahora es ocasión, no de insistir en la crítica, sino de comprobar la justicia de las censuras por un medio tan sencillo como el de una material confrontación.

«La posesión se definirá, dice la aludida base, en sus dos conceptos, absoluto ó émanado del dominio y unido á él, y limitado y nacido de una tenencia de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio, *manteniéndose las consecuencias de esa distinción en las formas y medios de adquirirla*, estableciendo los peculiares á los bienes hereditarios... etc.»

¿Por ventura se adquiere de distinto modo la posesión cuando la consideramos como una exterioridad del dominio, como un hecho jurídico ya perfecto, que cuando la concebimos como un hecho perfectible, como una estación avanzada según gráficamente expresa Ihering? ¿No podemos adquirir la posesión—en concepto absoluto de que habla la base oncena—de una cosa

mueble por la aprehensión física de la misma, por su ocupación material, y adquirir de igual manera, ó sea por ocupación material, la posesión en ese otro enigmático concepto relativo, nacido de una tenencia de la que se deduzcan hechos independientes y separados del dominio? ¿A qué entonces ordenar en la ley de bases á la Comisión de Códigos el mantenimiento de una distinción más dogmática que susceptible de positivación, y sobre todo imposible de formular?

Ante un mandato sin realidad jurídica, la Comisión de Códigos ha procedido con independencia de criterio, y si la base no ha tenido cumplimiento, no por esto se puede sostener que ha sido desobedecida, porque no cabe desobediencia cuando el mandamiento, á más de aparecer envuelto en las celajerías del enigma, carece, como ya hemos dicho, de toda realidad positiva.

La posesión, dice el art. 438, sin distinguir entre posesión en su concepto absoluto y posesión en su concepto relativo, se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad, ó por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho.

Prescindiendo del último inciso, que, rigorosamente analizado, no constituye un modo adquisitivo *per se*, ¿no existe una absoluta identidad de concepto entre el artículo que estamos estudiando y las leyes 6.ª, 8.ª y 10.ª, tít. XXX de la Part. 3.ª, que literalmente se insertan en los *precedentes?* A nuestro juicio, sí. «Ganar queriendo algund ome alguna possession de castillo, ó de casa, ó de otra cualquier, ha menester que faga dos cosas. La una que aya voluntad de la ganar. La otra que la entre por sí corporalmente, é la tenga ó otro alguno por él en su nombre. E si alguna destas dos cosas le falleciesse, non la podria ganar. Empero si un ome vendiesse á otro alguna cosa, ó gela diesse, ó gela enajenasse en alguna otra manera; é estando la cosa delante dixesse el que la enajenaua al otro, que lo apoderaua en ella veyéndola ambos á dos, maguer este atal non la entre, nin la tenga corporalmente, abondale tal apoderamiento de vista para ganar la tenencia de ella.» Agréguese á la transcrita ley, la 8.ª del mismo título y Partida, según la cual: «Dando algun ome á otro heredamiento, ó otra cosa cualquier apoderándole de las cartas, porque la el ouo... gana la posesion, maguer non le

apodere de la cosa dada corporalmente.» Téngase, por último, en cuenta la ley décima, objeto ya de cita, y nuestra tesis quedará evidenciada. No son ciertamente las mismas las palabras; ni el rigorismo materialista del Derecho romano reproducido en la legislación alfonsina subsiste en nuestro Código, contagiado afortunadamente de la espiritualidad del Derecho moderno; pero la ocupación material de las cosas, la subordinación de éstas a nuestra voluntad y los actos y formalidades legales establecidos para adquirir la posesión, coexisten en la legislación de Partidas; porque es una misma la idea que inspiró á los juriconsultos que rodearon al Rey sabio y la que ha decidido á nuestros civilistas á seguir las ascendencias del Derecho patrimonial, apartándose de la ininteligible cláusula de la ley de Bases. Y bien mirado, si este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil no había de tener otro alcance ni otra transcendencia que la de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recogiendo las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas en la práctica, y atendiendo á algunas necesidades nuevas con soluciones fundamentadas científicamente en precedentes autorizados de legislaciones propias ó extrañas, y admitidas ya por el común asentimiento de los juristas españoles; si por esta pauta trazada por la más castiza base de la ley de 11 de Mayo de 1888, habían de regirse en la ejecución de su trabajo los encargados de codificar, han procedido, á nuestro juicio, con acierto sumo, prescindiendo de la distinción recomendada por la base oncena, y ciñéndose estrictamente á los conceptos de la ley de Partidas en punto á la adquisición posesoria.

Pero la base primera, con espíritu tolerante, indicaba como fuente copiosa de doctrina las soluciones de los Códigos extranjeros, y existiendo perfecta unanimidad por parte de éstos, en abandonar la separación que el Derecho de Roma introdujo entre la *possessio* y la *quasi possessio*, refiriendo la primera á las cosas corporales, y la segunda á los *jura in re*, y en considerar tanto á las corporales como á las incorporales susceptibles de posesión, nuestro Código se ha sometido al mismo criterio, omitiendo toda

erencia á las ficciones que el rigorismo romano impuso y que Código de las Partidas recogió en cierto modo al manifestar que as cosas que non son corporales propiamente non se pueden sseer, nin tener corporalmente, mas vsando dellas aquel á

quien pertenece el vso é consintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha *es como manera de possession.*»

De aquí que el art. 438 comience diciendo que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa *ó derecho* poseído... etc.

El pensamiento del legislador percíbese desde luego; pero la estructura de las leyes y su inteligencia no puede fiarse á la intuición del buen sentido, ó á la madura reflexión del estudioso, y en punto á sindéresis no es posible imaginar nada más desdichado que el inciso primero del artículo que comentamos. Veámoslo. Huyendo la ley de adaptar á un concepto puramente espiritual como el de derecho, un vocablo que cuando menos en el uso corriente denota una relación material, un contacto ó aprehensión física, distinguió, con violencia de la nomenclatura jurídica, entre derecho y cosa, cual si ésta, dada su acepción generalísima, se contrajese á la expresión de las dotadas de corporalidad. Y abundando en la misma idea, dijo: «Posesión natural es la *tenencia* de una cosa ó el *disfrute* de un derecho...,etc.» Sonó sin duda ásperamente en los oídos de la Comisión de Códigos la frase «tenencia de un derecho», y rehuyendo este desabrimiento más acústico que jurídico, sustituyó la voz tenencia por la palabra disfrute, sin parar mientes en que al establecer como nota cualificativa de toda posesión, fuese ésta natural ó civil, la tenencia, y al admitir que la posesión se adquiere por el hecho de quedar las cosas subordinadas á la acción de nuestra voluntad, imprimía á la relación significada por el concepto de tenencia un tono de inmaterialidad, hecho ya resaltar por nosotros al trazar el comentario del art. 430.

Dejando á un lado las incongruencias apuntadas, el hecho es que todas esas escrupulosidades de dicción han venido á la postre á resultar infructuosas ante un artículo que, cual el que estudiamos, comienza hablando de la *ocupación material del derecho poseído*. ¿Cabe imaginar, por mucho que se esfuerce la fantasía, la material ocupación de un derecho? Si la ocupación material implica contacto, el contacto arguye corporalidad, y el derecho es por su naturaleza incorpóreo. ¿Cómo podrá ser ocupado materialmente? Pero el artículo habla, según habrán ya observa nuestros lectores, de *derecho poseído* y esto supone necesariamen que la adquisición de la posesión ya tuvo lugar. ¿Se explica buena dialéctica que el legislador trate de la adquisición poses

ria de un derecho ya poseído? Y aún adolece de más defectos el artículo por cuanto, incidiendo en redundancia, añade al vocablo ocupación el calificativo de material, como si posible fuera una *ocupación* inmaterial ó sin contacto físico. De la res que vaga por el bosque ó del pájaro que vuela libre por los espacios, no podemos decir que hemos adquirido su propiedad por la ocupación mientras por los medios naturales ó los artificiales que proporciona la industria no lo hayamos aprehendido. Del fundo que se nos transmite, v. gr., por título instrumental de compraventa podemos desde luego afirmar que hemos adquirido su posesión por el hecho de haber quedado sometido á la acción de nuestra voluntad, pero en modo alguno nos será lícito sostener que lo hemos ocupado mientras que por el ponimiento de pies de que hablaba la ley 1.ª, tít. XXX de la Part. 3.ª, haya mediado el contacto físico intrínseco á la ocupación y por virtud de cuyo contacto se traba la relación material entre el hombre sujeto de la posesión y las cosas corporales objeto de la misma.

Nótese, después de las consideraciones críticas que anteceden, con cuánto motivo hemos dicho que en punto á sindéresis, el inciso primero del art. 438 es de lo más desdichado que cabe imaginar.

De adaptarnos á las inflexibilidades rigoristas de una crítica mordicante, más defectos podríamos señalar, pero ciertamente no son minúsculos los apuntados, y toda vez que dan una idea exacta de las imperfecciones de que adolece el único artículo destinado en el Código á establecer con carácter de generalidad los principios referentes á la adquisición posesoria, no nos detenemos un punto más en aquilatar desventuras jurídicas, pasando á estudiar los Códigos extranjeros en aquellos particulares que se relacionan con la materia que es objeto en la actualidad de nuestro estudio.

II. *Los Códigos extranjeros.*—Como quiera que el Código civil francés, no obstante las protestas de Pothier, hubo de consagrar al desarrollo de la posesión un lugar secundario y una atención limitada, prescindió de sistematizar la doctrina. Así es, que del ículo 2.228 destinado á definir la posesión, habremos de deduos modos por los cuales ésta se adquiere.

Dice dicho artículo que la posesión es la ocupación ó disfrute na cosa, ó de un derecho que se tiene ó ejerce por uno mismo,

ó por otro que la tiene y ejerce en su nombre. La ocupación, en primer término, y los demás medios legales por cuya virtud puede obtenerse el disfrute de las cosas ó de los derechos, son por tanto, á tenor del Código Napoleón, los modos adquisitivos posesorios.

Esta escasez doctrinal, digámoslo así, del Derecho codificado francés, se refleja en las obras de los tratadistas que han consagrado sus desvelos á comentarlo, porque, con efecto, casi todos ellos tratan de las materias concernientes á la adquisición y pérdida de la posesión al comentar el art. 2.228. Marcadé y Laurent, entre otros, pueden servirnos de ejemplo.

Tampoco el Código italiano subordina la exposición de la doctrina posesoria á las subdivisiones de un plan trazado de antemano; así es que, calcado el art. 685 sobre el 2.228 del Código Napoleón, lo que de éste hemos dicho lo hacemos extensivo á aquél.

El científico Código portugués considera á la posesión como medio de adquirir derechos. Compréndese, por tanto, que después de definirla en el art. 474, diciendo que es la retención ó disfrute de cualquier cosa corporal ó incorporal, omita por innecesaria toda especificación de los modos por los cuales se logra, siquiera determine con escrupulosidad quiénes pueden adquirir la posesión, bien en nombre propio, bien en el de otro.

Pasando á las legislaciones americanas, obsérvase en ellas la misma ausencia de plan expositivo que en los Códigos europeos. Y esto, que pudiera atribuirse á defecto, no lo es, por cuanto tiene una explicación sencillísima. Los Códigos extranjeros, en su inmensa mayoría, han definido la posesión en su concepto genérico, y si alguno, como, v. gr., el de Guatemala, admitiendo las dos especies de posesión, natural y civil, se ha detenido también á definirla, no por esto ha olvidado exponer, en una definición correctísima, el concepto posesorio en toda su generalidad. De aquí que no se hayan visto precisados á dedicar un artículo á la enunciación concreta de los modos por los cuales puede adquirirse la posesión. Así, por ejemplo, dice el mismo Código guatemalteco á que antes nos hemos referido, en su art. 516: «Posesión es la tenencia ó goce de una cosa ó de un derecho con el ánimo de conservarla para [illegible] «Hay posesión natural por la mera aprehensión; la hay civil [illegible] ministerio de la ley, aun sin dicha aprehensión.» Y ciertamente no es necesario más para deducir con arreglo á una estricta

gica jurídica, que la posesión se adquiere: 1.°, por la aprehensión corporal de las cosas, unida al *animus sibi habendi;* 2.°, por los medios legales mediante los cuales se alcanza el goce ó disfrute de los derechos ó cosas incorporales, y 3.°, por el ministerio de la ley, aun sin la aprehensión corporal.

Lo mismo exactamente cabe sostener respecto del Código mejicano (art. 919), siquiera éste no admita las dos especies posesorias de natural y civil; y otro tanto es lícito afirmar del Código de la República chilena (art. 700); porque si bien sistematiza y subdivide la exposición de la doctrina posesoria, no expresa de un modo categórico en el cap. II, tít. VII, libro segundo, destinado á tratar de los modos de adquirir y perder la posesión, por virtud de cuáles modos se adquiere esta última.

No obstante las diferencias, más aparentes que reales, que se observan entre los Códigos que hemos mencionado, existe un elemento común que los enlaza. En otro lugar de este tomo hubimos de manifestar que el tránsito de las doctrinas romanas que, más ó menos modificadas por las leyes patrimoniales, el derecho consuetudinario y la jurisprudencia, regían en casi todo el mundo civilizado, se verificó sin desnivel sensible, merced á que los Códigos modernos conservaron en lo esencial el concepto romano. El *corpus* y el *animus:* he aquí los dos elementos que imprimen una tonalidad uniforme á los Cuerpos codificados del Derecho civil moderno en punto á la adquisición posesoria.

III. *Las opiniones de los autores.*—Examinemos ahora, puesto que conocemos el contenido de los principales Códigos en lo tocante á la materia objeto del comentario, las opiniones de los autores. La literatura posesoria moderna se nos ofrece monopolizada, valga la expresión, por dos escritores de primera magnitud: Savigny y Ihering. El primero con su esfuerzo crítico despertó hacia el Derecho romano las aficiones, adormecidas por el doctrinarismo. El segundo, remozando el problema con su ingenio y con su crítica más expansiva y descubriendo soluciones opuestas á las presentadas por Savigny, ha venido á encauzar los ;ceres en la unidad de un criterio adoptado hoy con suma gelidad.

'xpondremos las teorías de los citados autores, no sin haonstar que si semejante exposición se aparta un tanto de las -as usuales del comentario, máxime cuando las referidas

teorías dicen relación directa al Derecho romano, es tan notoria la influencia de este último, y tan depuradas y filosóficas las deducciones obtenidas, que sólo por ello mereciera dispensa nuestro proceder, si no consideráramos el estudio de aquéllas sumamente útil para la exacta comprensión del artículo que comentamos.

Ihering en pocas palabras pone de realce el error en que, á su juicio, incurre Savigny. Su fundamental error, dice, consiste en identificar la noción de la posesión con la del poder físico sobre las cosas, sin advertir que esta última no es más que una verdad relativa y limitada, por lo que llega á constreñirla de tal suerte, que al cabo, perdida la noción de su relatividad, queda reducida á ser la negación de sí misma.

Y apuntada esta nota crítica que á muchos seguramente extrañará verla escrita, antes de la enunciación de la teoría, entremos ya en la jurisdicción de esta última.

A) De la adquisición de la posesión.—Teoría de Savigny.—Para el muy ilustre creador de la llamada escuela histórica, toda adquisición de la posesión reposa sobre un acto corporal, *corpus factum*, acompañado de una voluntad determinada, *animus*.

El hecho debe ser, continúa diciendo, de tal naturaleza, que coloque al sujeto en estado de tratar la cosa á medida de su voluntad y con exclusión de cualquier otro; es decir, en disposición de ejercer el derecho de propiedad. La voluntad debe tener por objeto considerar la cosa realmente como propia, y sólo en el caso de que la posesión derive á su vez de la de otra persona por virtud de un acto jurídico, será suficiente que la voluntad se refiera á esta traslación y la reconozca. Mas la posesión podemos considerarla como un derecho, y es llano que su adquisición puede tener lugar, bien por nuestros propios actos, bien por los de otra persona, entendiéndose que siempre que adquiramos la posesión por otros, será preciso aplicar la misma regla que cuando lo verifiquemos por nosotros mismos.

Estos son los lineamentos cardinales de la teoría savigniana; así es que su desenvolvimiento se reduce á investigar el concepto romano del *corpus*, el del *animus* y á la aplicación de los principi[illegible] deducidos, á la posesión adquirida por un tercero.

Savigny, apartándose del dictamen generalmente seguido [illegible] los glosadores, según el cual era menester para adquirir la po[illegible]sión un contacto físico, bien por la aprehensión material, b[illegible]

por el ponimiento de pies, opina que en el derecho de Roma el elemento corporal contenido en toda adquisición posesoria estaba representado por la posibilidad física del contacto, y trata de comprobarlo, no solamente con la realidad indiscutible de los actos simbólicos, sino con textos tomados de los cuerpos legales, entre los cuales descuella por su sencillez y elegancia el tan conocido de Paulo (1): *Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem sed etiam oculis et afectu.*

Savigny desciende luego de la generalización en que apoya su teoría, á las aplicaciones concretas de la misma, localizándola, por decirlo así, según haga referencia á los bienes raíces ó á los bienes muebles.

El *corpus* como acto externo, antitético ú opuesto del *animus* (acto interno), está representado en la relación adquisitiva posesoria de los bienes inmuebles por la aprehensión, y esta última no denota un contacto material, sino la proximidad ó presencia corporal que nos coloca en situación de tratar la cosa conforme á nuestra voluntad. Así, si mediante esta proximidad ó presencia podemos tender la vista sobre la totalidad del fundo, no por ello tendremos menos poder que si hubiéramos penetrado en él. *Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret vacuamque se tradere possessionem dicat non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem* (2).

Con respecto á las cosas muebles, Savigny acepta desde luego que la posesión de una cosa de esta naturaleza se adquiere cuando la aprehendemos materialmente, pero admite asimismo que la presencia inmediata suple sin ninguna ficción de derecho á la ocupación real, siendo esta especie de aprehensión la más común cuando la magnitud ó el peso de la cosa es tan considerables que no se puede mover fácilmente de lugar. Y en corroboración de su tesis cita la ley 79, tít. 3.°, libro 46 del Dig.; la 1.ª, § 21, tít. 2.°, libro 41 del mismo Cuerpo legal; la 31, § 1.°, tít. 5.°, libro 39; la 51, tít. 2.°, libro 41, que no transcribimos porque no es nuestro ánimo reproducir íntegra en este lugar la teoría saviana sobre la adquisición posesoria, sino presentar un comdiado boceto de la misma.

) Ley 1.ª, § 21, tít. 2 °, libro 41, Dig.
) Ley 18, § 2.°, tít. 2.°, libro 41, Dig.

El elemento corporal (aprehensión) significa para Savigny la posibilidad de ejercer inmediatamente una influencia sobre la cosa. Y á tal extremo se condensa en dicho enunciado el tema fundamentalísimo de la doctrina que estamos exponiendo, que Savigny llega á sostener que el que ha herido mortalmente una bestia salvaje y la persigue muy de cerca, aún no es poseedor mientras realmente no la haya cogido ó dado muerte, porque todavía es posible que por cualquier evento deje de encontrarse á sus alcances, y entonces no habrá estado un solo instante en disposición de ejercer á voluntad su influencia.

Pero al mismo tiempo, Savigny no puede menos de reconocer que, al tenor de los textos romanos, puédese adquirir la posesión de una cosa, simplemente por el hecho de haber sido depositada en nuestra casa, aun cuando estuviéremos ausentes de ella, y ser asimismo factible transmitir la posesión de un fundo desde una torre próxima, y buscando una explicación á esta dualidad en apariencia contradictoria, opina que su razón de ser consiste en que la posibilidad de ser excluído en un todo de la cosa antes de haberla tenido realmente en su poder, está muy próxima en unos casos y muy distante en otros, pudiendo producir estos últimos la *conciencia del poder físico*.

Al lado del *corpus* coloca Savigny el *animus*, porque para que la posesión pueda nacer debe unirse al elemento corporal una intención determinada. Ahora bien: la voluntad puede significarse desde luego en el sentido de tratar la cosa como propia *(animus domini)*, ó reconociendo el dominio en otra persona; en cuyo caso basta la intención de poseer, y conocidas estas dos fases del *animus*, Savigny desarrolla su pensamiento en punto al elemento espiritual de la adquisición posesoria, especificando, mediante una rigorosa crítica, cuáles son las personas que no pueden adquirir ninguna posesión; cuáles son las cosas cuya posesión no puede ser adquirida por la imposibilidad de referir á las mismas el *animus possidendi*, y, finalmente, en qué casos es posible la adquisición posesoria sin el *animus domini*, ó sea la posesión que Savigny califica de derivada.

La exposición minuciosa del desarrollo que en la obra del ilustre escritor alcanzan los diversos extremos que dejamos apuntados, nos llevaría muy lejos de nuestro propósito; y como, por otra parte, al ocuparnos del *animus* en la *possessio civilis* hubi-

ya de insertar algunas consideraciones atinentes á la doctrina savigniana, y al tratar de la posesión que pueden los menores é incapacitados adquirir por sí propios hemos de volver á insistir sobre las mismas, optamos por hacer aquí punto, remitiendo á aquellos de nuestros lectores que por sus aficiones doctrinales prefieran un desenvolvimiento más amplio del que es susceptible en unos comentarios, á la obra maestra del ilustre fundador de la llamada escuela histórica.

a) De la adquisición de la posesión.—Ihering.—Crítica de la teoría de Savigny.—En la introducción del libro actual, hubimos de presentar en sus líneas generales la teoría del ilustre Ihering. Nada, por otra parte, más sencillo cuando el célebre romanista, con admirable espíritu sintético, condensa su pensamiento en la siguiente tesis: «La posesión es la exterioridad de la propiedad.»

Pero Ihering no se contenta con la enunciación escueta y descarnada de sus principios. Desciende al terreno del análisis, desentraña el espíritu de los cuerpos legales de Roma por el espíritu del pueblo-rey, adivinado con maravillosa intuición, y, como él mismo dice, procura confirmar la exactitud de sus afirmaciones por la teoría del nacimiento y de la continuación de la posesión.

Ihering formula por adelantado la regla que, en congruencia con los principios que mantiene, debe regir esta materia. Hela aquí: «La manera como el propietario ejerce de hecho su propiedad, debe ser el criterio de la existencia de la posesión.» Pero al generar Ihering el cisma y al definir en contra del dogma posesorio generalmente profesado otro dogma que tacha en muchos extremos al primero de herético, hubo de esgrimir las armas poderosas de su crítica, y como ninguna parte de la teoría posesoria de Savigny, según expresa el mismo Ihering, había sido aceptada con tanta notoriedad como la relativa á la adquisición posesoria, juzgó el ilustre profesor de Göttinga más prudente, y sobre todo más eficaz, antes que exponer su propia teoría, motivar, fundamentar el juicio que le merecía la de Savigny, mostrando las contradicciones que entraña, tanto con respecto á las ...siones de los jurisconsultos cuanto con relación á sí misma.

... error fundamental de Savigny radica, en concepto de Ihe... en identificar la noción de la posesión con la del poder ... sobre la cosa.

...estros lectores han tenido ocasión de observar en este

á refutar los principios desarrollados, con respecto á dicho particular, por el tantas veces citado Savigny.

B) De la adquisición de la posesión. Teoría de Ihering.—No quisiéramos privar á nuestros lectores, al ocuparnos de las aplicaciones que de su teoría hace Ihering al punto concreto de la adquisición posesoria, de uno solo de los argumentos del ilustre profesor. Cierto que los estudios de Ihering tienen por base el Derecho romano, y nosotros debiéramos ceñirnos á comentar los preceptos de nuestro Código. Pero ¿no habrá dispensa para esta disculpable desviación, cuando el Derecho de Roma es la piedra angular de las legislaciones modernas y cuando de las doctrinas del maestro se desprende una sana filosofía, necesaria acaso para formar criterio en estos eclecticismos y obscuridades de que adolece nuestro Derecho civil codificado?

Ihering comienza por reconocer que la cuestión del origen tiene para la posesión bastante menos importancia que para la propiedad.

El que quiere probar, dice, la existencia de su propiedad, tiene que remontarse á la prueba de su principio, del título en cuya virtud se ha engendrado. No sucede lo mismo con la posesión, porque allí donde sólo se trata de la existencia de un estado de hecho, por ejemplo, de la tenencia de una cosa, no hay razón para elevarse hasta el origen.

Para demostrar la posesión de mi casa, de mi ganado, no tengo necesidad de probar que he adquirido la posesión; salta á la vista que poseo. ¿Pero qué decir de la posesión de un fundo que yo he comprado el invierno último, del que yo recibí la tradición y que no he cultivado hasta ahora? De este ejemplo se vale Ihering para penetrar en el problema jurídico de la adquisición posesoria.

Teniendo la *visibilidad* de la posesión una influencia decisiva sobre su *seguridad*, toda la teoría de la adquisición debe referirse, en sentir de Ihering, á esta visibilidad. *El propietario de la cosa debe ser visible.* ¿Pero cómo se hace visible? Por la relación de hecho, en la cual se contiene la presunción de la voluntad [illegible] poseedor. De aquí el error de los que hacen depender la adquisición posesoria del mero acto de aprehensión.

Ihering se vale de ejemplos sumamente gráficos. Un facante de ladrillos, dice, lleva cerca de mi edificio los que yo [illegible]

comprado; el que me ha vendido el abono lo transporta á mi campo; el jardinero conduce los esquejes á mi jardín; en las trampas ó cepos que yo coloqué ha sido prendida una ó varias piezas de caza; el usufructuario renueva, con arreglo á la ley fundamental del usufructo, las reses muertas con las crías nuevas. En todos estos casos la posesión nace en ausencia y sin la aprehensión del poseedor, por cuanto se presume en éste la voluntad de adquirir, sin que esta voluntad deba probarse *suficit ad probationem, si rem corporaliter teneam*, siendo de la incumbencia del contrario alegar y probar el defecto de la voluntad.

Pero la presunción de la voluntad supone una normalidad natural entre el sujeto de la posesión y el acto, entre la cosa que se adquiere y el modo de adquirirla, cuya normalidad para Ihering estriba en que la posición de la cosa que deba proporcionarnos la posesión, sea la que habitualmente tienen en la vida las cosas de la misma especie. Por esto expone Ihering que si se adquiere inmediatamente la posesión del abono que durante la ausencia del poseedor fué llevado á su campo, no se adquiere la posesión del tonel de vino que locamente se hizo descargar en aquel sitio. El cazador se erige en poseedor de la caza, pero no del pañuelo que encuentra en la trampa. Y del hecho jurídico de que yo, v. gr., adquiera la posesión de las cosas inanimadas que se depositen en el vestíbulo de mi casa, no se sigue que yo adquiera la del canario ó del mono que en ese mismo vestíbulo fueron puestos en libertad por el mensajero que me los llevaba y que no encontró á quien entregárselos.

Ihering, penetrado de la variabilidad de la posesión, según las relaciones jurídicas á que se adapte, desdeña un factor en su sentir, tan local como el poder físico. Cierto—exclama—que de ninguna manera mejor muéstrase visiblemente la exterioridad de la propiedad, pero esto no basta. Hay casos donde mediante el poder físico se realiza la adquisición de la posesión, pero existen otros donde falta, y, sin embargo, aquélla tiene lugar.

Expone Ihering ejemplos tan galanos para demostrar su te- ¡ue no podemos resistir á la comezón de trasladarlos. El l dero sabe por los papeles de su autor, que éste ha guardado soro en un punto determinado de la casa. El heredero va á itio y comprueba la descripción que ha hecho el testador ar donde el tesoro se encuentra.

¿Ha adquirido la posesión del tesoro? Savigny responde afirmativamente, de acuerdo con algunos jurisconsultos romanos antiguos. La jurisprudencia nueva responde negativamente, y exige para la adquisición el *loco movere*. ¿Por qué? Porque falta la relación de hecho en la cual la cosa sería colocada por toda persona que realmente tuviera la intención de apropiársela.

Otro caso: un individuo encuentra una cosa, pero no le conviene llevársela inmediatamente y resuelve volver más tarde á buscarla; en el entretanto un tercero se adelanta y la recoge. ¿Cuál de los dos ha ganado la posesión? El último. El primero ha tenido, en efecto, momentáneamente el poder físico sobre la cosa, pero no ha ejecutado lo que en su lugar habría hecho toda persona que hubiese tenido un interés directo por aquélla.

Un enjambre de abejas que pertenece á otro se posa en un árbol de mi propiedad, y un tercero se apropia el enjambre y los panales de miel. ¿Por qué, si yo tengo el poder físico, puede cualquiera tomar los panales *sine furto?* Ihering responde: porque yo no hice lo que no debí omitir si hubiera dado verdadero valor á esos panales, es á saber, apoderarme de ellos. Varias cosas pertenecientes á mi vecino han caído en mi jardín ó en mi patio. Tengo el poder físico sobre ellas; pero ¿habré ganado la posesión? No; por las mismas razones que en el caso anterior.

Después de los ejemplos que hemos transcrito, y que reflejan con toda claridad el pensamiento del ilustre maestro, por aquello de que los concretos dicen más al entendimiento que los abstractos, Ihering desdeña como inadmisible el punto de vista del poder físico, y en su lugar sintetiza su discurso en la siguiente proposición:

La adquisición posesoria descansa sobre la comprobación del hecho de la intención de ser propietario. Llega, por tanto, á ser poseedor aquel que ha colocado ó coloca la cosa en una posición que corresponda á la propiedad, y que de este modo le señale como aspirante á la misma; palabras estas últimas que descubren idéntico espíritu que aquellas otras de las cuales se vale el sabio Profesor para describir en dos rasgos la posesión como una estación avanzada de la propiedad.

Sigue Ihering haciendo aplicaciones de su teoría á la adquisición posesoria de los bienes inmuebles, pero como en lo que antecede hállase concentrado lo substancial de la doctrina, optamos

hacer aquí punto, sin renunciar por ello á recoger sus argumentos á medida que vayamos avanzando en el análisis del artículo.

Otros muchos autores han expuesto su criterio en punto al problema de la adquisición posesoria. Así, según puede examinarse en el Apéndice de Rudorff á la 7.ª edición de la obra de Savigny, Lenz considera de esencia estos tres factores: *affectio*, *scientia*, *corpus*. Baron estima deficiente la teoría savigniana en lo que respecta á la adquisición posesoria de los bienes muebles, y suple el defecto por la *custodia*, ó sea por aquel poder que excluye cualquier otro que no sea el del poseedor. Molitor opina que para adquirir la posesión es menester el *animus* y el *corpus*, es decir, la voluntad de poseer y el hecho que realice esta voluntad, siendo de advertir que para Molitor el *corpus* no consiste en la posibilidad de disponer de una cosa, sino en el hecho que realiza la intención de poseer, ó, como dice Mühlenbruch, en el *factum quod rem de qua quaeritur potestati subjiciat acquirentis*.

Para Mühlenbruch, el *corpus* puede estar representado por la *traditio*, es decir, por una posesión transmitida ó por un acto unilateral.

Si la posesión se adquiere por transmisión, basta el consentimiento del *tradens* cuando la posesión del inmueble es *vacua;* y si la cosa es mueble, es suficiente la presencia de la misma.

Si la posesión es originaria ó adquirida por un acto unilateral, es menester, para que la intención se traduzca en realidad, un contacto inmediato de la cosa *occupatio*, *contrectatio*, *vis*.

Laurent déjase conducir por la corriente más generalmente seguida, inspirando sus palabras en el concepto que expone de la posesión. Así, dice, si la posesión es la detentación de una cosa con la intención de tenerla á título de propietario, es llano que para adquirir la posesión es menester la concurrencia de dos elementos: la detentación corporal de la cosa y la intención de poseer para sí como dueño.

¿Y á qué seguir ofreciendo á la consideración de nuestros lec-[illegible]s pareceres y criterios contrapuestos, si después de todo la [illegible]mica gira hoy alrededor de un eje cuyos dos polos están re-[illegible]sentados por la materialidad del poder físico y por la espiri-[illegible]lidad de la intención?

¿A qué continuar sacando á luz más teorías si los Códigos mo-

dernos, comprendiendo lo tornadizo y variable de las relaciones jurídicas por las cuales se condiciona la posesión, se inclinan resueltamente, v. gr., nuestro modernísimo Código, á reconocer la categoría de modos adquisitivos posesorios, tanto á la *occupatio*, como á la relación puramente inmaterial en cuya virtud una cosa se subordina al imperio de nuestra voluntad?

En mérito á estas razones, damos aquí por terminada esta tercera parte de las cuatro en que hemos dividido el estudio y exposición del comentario.

IV. *Modos adquisitivos establecidos por el Código civil patrio.*

1.º *La ocupación material de la cosa ó derecho poseído.*—No obstante la incorrección de los términos empleados por el legislador, los aceptamos desde el momento en que, estudiado el artículo en sus ascendencias históricas, en sus concordancias con los Códigos civiles extranjeros y en las controversias á que la materia que le es peculiar ha dado margen, penetramos en un terreno puramente positivo y tenemos que plegarnos á un derecho escrito con más ó menos pureza en el lenguaje, con más ó menos corrección científica.

El Código civil patrio, como todos sus congéneres, no pudiendo esplayarse por las consideraciones doctrinales á que se presta el tratado científico sobre un punto concreto del derecho, allí donde la reflexión persistente se muestra por los encadenamientos del sistema; no siéndole lícito realizar el ideal de Bentham que pretendía tuviese cada ley al pie su explicación, no habiendo logrado siquiera elevar á la realidad el consejo meditado de Rousset, porque ciertamente no merece el nombre de exposición de motivos esa desordenada y compendiadísima introducción que va á su frente; el Código civil patrio, repetimos, teniendo que correr los peligros anexos á la sintetización del derecho, ha prescindido en el artículo que comentamos de la expresión concreta del *animus* como factor integral de toda adquisición posesoria.

Por accidente hemos visto que se refiere al *animus sibi habendi* al definir la posesión civil; pero del *animus* considerado en su más vasta generalización, como elemento substancial de toda *possessio*, prescinde de ocuparse lo mismo al presentar el concepto de la *possessio naturalis* que al enumerar los modos adquisitivos posesorios.

¿Quiere esto significar que para adquirir la posesión cons

dera el legislador español innecesaria la influencia de la voluntad, la intención de poseer, el *animus*, en una palabra?

En manera alguna. Tan esencial estima el Código patrio la existencia del elemento espiritual, que en reconocimiento de la inmaterialidad de la relación jurídica, y rindiendo acatamiento á que el derecho reside en la intención, admite como uno de los modos adquisitivos de la posesión el hecho de quedar las cosas, sean éstas corporales ó incorporales, sometidas á la acción de nuestra voluntad. Es decir, que la realidad tangible, por decirlo así, de la aprehensión material es sustituída por la inmaterialidad de una relación generada sin contacto físico, y sí solamente por la influencia puramente espiritual de la voluntad.

Innecesario es detenerse, después de la consideración precedente, en demostrar que si el artículo que en estos momentos es objeto de nuestro estudio, no alude de un modo categórico al *animus*, es porque la expresión tal vez demasiado abstracta de su contenido es un obstáculo á la particularización aislada de cada uno de los factores mediante cuyo enlace se realiza la adquisición posesoria.

Damos por supuesto que el Código considera los tres diversos modos adquisitivos que enuncia influídos por una intención determinada, ya refluya ésta en el simple ánimo de poseer, ya la intención se signifique en el sentido de tratar la cosa como propia, ya, finalmente, el sujeto disfrute de la *convictio domini*. Y previa esta presunción, que la vacuidad del Código exigía, digamos que el primer modo de adquirir la posesión que el art. 438 establece, es á saber, «*la ocupación material de las cosas*» arguye un contacto físico. Es, por decirlo así, un modo adquisitivo cuya efectividad jurídica no depende exclusivamente de la voluntad manifestada por la realización de hechos sancionados por ministerio de la ley, sino de un acto de aprehensión corporal.

El Código civil no ha podido manifestarse más explícito. Pareciéndole el vocablo aprehensión de significado un tanto incoloro, y, sobre todo, de concepto amplio, por cuanto el mismo Savigny, á pesar del rigorismo de su doctrina, lo tradujo por

bilidad inmediata de una acción física, ha adoptado la pa-
a ocupación, acerca de la cual no puede producirse recelo
uno; y para alejar toda conjetura le ha adicionado el calificade material.

No hay, no puede existir duda. Ocupación material equivale, si la cosa es mueble, á cogerla con las manos; si se trata de un bien raíz, al ponimiento de pies de que hablaban las leyes del Rey Sabio.

Cosas hay, sin embargo, que por su magnitud, por su peso, por su estabilidad no pueden ser aprehendidas físicamente. El vino encerrado en los toneles de una bodega, el aceite contenido en las vasijas de un almacén. Recuérdese, en corroboración de esto que decimos, la ley 1.ª, § 21, tít. 2.º, libro 41 del Dig..... *Non est enim corpore et tactu necesse aprehendere possessionem, sed etiam oculis et afectu; et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint; et vina tradita videri, quum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.*

No obstante la dureza é inflexibilidad que el Código ha comunicado al primero de los modos adquisitivos posesorios mediante el empleo de las palabras «ocupación material», es incuestionable que en aquellos casos donde la aprehensión física no sea posible, bastará, bien como dice Paulo en la citada ley del Digesto, la presencia del poseedor, bien la realización de algún acto directo sobre la cosa, el cual revele la intención de adquirir.

Sostenemos esta tesis sin ningún género de reservas, pero constriñendo su aplicación al primero de los modos adquisitivos establecidos por el legislador español, y como equivalencia de la *occupatio* respecto de aquellas cosas cuya aprehensión corporal, como antes decíamos, se nos ofrece restringida ó imposibilitada por la circunstancia de peso, número, magnitud ó estabilidad.

El Código civil no ha definido la ocupación. Considérala en el art. 603 como uno de los modos de adquirir la propiedad, y en el art. 610 expresa que se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

¿Pero habremos de restringir por esto la extensión del primero de los modos adquisitivos á que nos venimos refiriendo, á la adquisición posesoria de los bienes apropiables por su natural que carecen de dueño, es decir, á los que por vía de enuncia demostrativo y otros análogos menciona el art. 610 ya citad Opinamos negativamente.

El art. 438 que estamos comentando emplea el término ocupación en su significado gramatical propiamente dicho.

Ocupar, según el *Diccionario de la Academia Española*, denota tomar posesión, *apoderarse de una cosa*. Tal es el sentido léxico.

Ocupación, manifiesta Escriche en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, es la aprehensión ó apoderamiento de una cosa que carece de dueño con ánimo de hacerla propia. Este es su concepto jurídico. ¿En cuál de los dos lo ha empleado el legislador patrio al redactar el art. 438? Según nuestro criterio, en la acepción puramente gramatical, y comprensiva, por efecto de su extensión, tanto de las cosas muebles, como de las inmuebles ó raíces, carezcan ó no de dueño unas y otras.

El Código patrio ha adoptado un vocablo cuyo significado denota actuación material del sujeto sobre la cosa, por antítesis ó contraposición al segundo de los modos adquisitivos que admite, ó sea el hecho de quedar aquélla sometida á la acción de nuestra voluntad, y acaso también por huir de un término que, cual el de aprehensión, más que por su concepto gramatical, por las interpretaciones de los autores, hállase tintado de cierto tono anfibológico, muy propenso á la confusión.

Enfrente de la tesis que acabamos de expresar, álzase un criterio opuesto, mantenido pura y simplemente por la defectuosa redacción del artículo que analizamos. Si el primero de los modos adquisitivos que éste menciona se contrae á la ocupación material, ¿por qué motivo se incluyen en dicho modo, cual si fuesen susceptibles de ocupación, los derechos, cuya incorporalidad es antinómica de la actuación material del sujeto? La objeción, á nuestro juicio, carece de todo fundamento, y solamente puede cobrar vida al calor de un error marcadísimo de redacción, ineficaz á todas luces para autorizar interpretaciones diversas de la que nosotros hemos dado. En buenos principios de hermenéutica, las palabras «ocupación material» no pueden implicar otro concepto que el de contacto físico. Y á mayor abundamiento, ¿es por acaso la ocupación el único de los modos mediante los cuales podemos adquirir la posesión? ¿No existe también el sometimiento

bordinación de las cosas á la acción de la voluntad? Pues, n nuestro sentir, la misma espiritualidad de este segundo o arguye la materialidad del primero.

posesión de los derechos no puede adquirirse por ocupa-

ción material, esto es indiscutible; pero los derechos que un tiempo fueron contenido de la *juris quasi possessio* radican sobre las cosas, y éstas, por su corporalidad, son susceptibles de ocupación.

El usufructo, v. gr., de un fundo. Si el usufructuario no ocupa este último, no podrá cultivarlo ni obtener los frutos y utilidades que rinda sin detrimento ó menoscabo de su substancia. El usufructo supone en la generalidad de los casos la posesión natural ó tenencia de la cosa usufructuada. Acaso apreciando los *jura in re* desde este punto de vista pudo el legislador hablar de ocupación material del derecho poseído. No disminuye la falta ni redime al Código del grave pecado en que ha incurrido al enunciar lastimosamente el primer modo adquisitivo, la conjetura que nosotros hacemos; pero buscando una explicación satisfactoria, no encontramos ninguna más que la expuesta. Esta misma construcción legal antilógica pone de realce la exactitud con que al interpretar el vocablo ocupación dijimos que el artículo lo empleaba en su sentido léxico y como expresión puramente gramatical del acto de apoderarse de una cos a

Conocida la verdadera significación del inciso primero del artículo que comentamos, descúbrese inmediatamente y sin esfuerzo la extensión jurídica, digámoslo así, de este primer modo adquisitivo.

Podemos adquirir por ocupación material la posesión no sólo de aquellos bienes apropiables por su naturaleza y que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas, sino también de todas las cosas muebles ó raíces que tengan corporalidad, bien sean ellas por sí el objeto de la posesión, bien los derechos que sobre las mismas recaigan.

Llegados á este lugar preséntanse diversos problemas que no queremos rehuir. ¿Existen algunos casos en los cuales la ocupación material es requisito indispensable para la adquisición posesoria?

No hay que perder de vista que habiéndonos apartado de las regiones de la teoría, estudiamos ahora los preceptos escritos, el derecho legislado por nuestro Código. Si la terminología del artículo 438 fuera más precisa, la respuesta sería afirmativa desde luego; pero dadas las ambigüedades brumosas por entre las cua-

les tenemos que dirigir nuestra investigación, los atisbos del momento no pueden constituir una respuesta categórica. Reservamos la contestación para después que hayamos expuesto los casos.

a) *Doble venta de un bien mueble.*—El Código civil encontró en ciertos lugares, donde la usura vive desahogadamente, un abuso establecido, mediante el cual y bajo el amparo de una legislación difusa en muchos extremos por su propia vetustez y diversidad, cuanto por la trama algo complicada de una jurisprudencia copiosísima y poco explorada, vegetaba encubierto el fraude. El Código comprendió la dificultad insuperable de establecer un Registro general de actos y contratos, y con fin digno de toda alabanza escribió el art. 1.473. Dicho artículo dice así: «Si una misma cosa se hubiere vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuese mueble... Tal y como aparece redactado el art. 1.473, el hecho de tomar posesión con buena fe implica una equivalencia del derecho de propiedad, que si bien no presupone la *irreivindicatio* porque la presunción de *bona fides* puede destruirse por prueba plena en contrario, crea un estado jurídico de indudable arraigo, y como tal, muy difícil de combatir. No es ocasión ahora de dilucidar si el legislador ha ido demasiado lejos en seguimiento de un propósito laudable, sino de investigar los textos legales pertinentes para resolver el problema que hemos planteado.

Dice el art. 1.462: «Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Si la venta se hiciere mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultase ó se dedujese claramente lo contrario.» Fuera de estos casos, añade el art. 1.463, la entrega de los bienes muebles se efectuará por la de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen almacenados ó guardados, y por el solo acuerdo ó conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta, ó si ya se la tenía en su poder por algún otro motivo.

La claridad de los dos artículos que dejamos transcritos es indiscutible, pero no resuelven satisfactoriamente el tema objeto de nuestra investigación. Si *A* vende á *B*, por pacto privado, el

vino almacenado en una bodega ó el trigo contenido en un hórreo, y acto continuo vende á *C* ese mismo vino ó trigo, pero le entrega las llaves á este último, ¿quién ganará la posesión? A nuestro juicio, el caso planteado en estos términos no ofrece dificultad y se resuelve por el art. 1.473, en congruencia con el 1.463. *C* habrá adquirido la posesión si procedió con buena fe, tanto porque así lo manifiesta con explicitud un texto legal, cuanto porque *B*, al no reclamar las llaves en su sazón oportuna, dejó de mostrar, por la omisión de aquel acto, en armonía con la posición jurídica de la cosa, su intención de apropiársela. En el ejemplo propuesto no puede suscitarse duda alguna legítima, porque la equivalencia de la llamada por los intérpretes tradición simbólica, con el acto de la aprehensión material, aleja todo peligro de confusión.

Pero supongamos que *A* vende un mueble precioso á *B* por escritura pública, é *incontinenti* le transmite á *C*, también por título de compraventa, ese mismo mueble precioso. Y admitamos la hipótesis de que tanto *B* como *C* hayan procedido con buena fe. Antes de exponer la solución, recordemos que el art. 1.462 expresa que cuando la venta se haga mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultase ó se dedujese claramente lo contrario.

Plegándose á la literalidad del artículo transcrito, habrá que estimar que el primero que otorgó la escritura adquirió la posesión, pero de aceptar esta consecuencia, quedaría frustrado, tanto el propósito laudable en que el legislador se inspiró al redactar el artículo 1.473, cuanto la interpretación que se desprende de su propio espíritu. Concordando, para resolver el caso de la doble venta de un bien mueble por escritura pública, el art. 1.463 con el 1.473, este último debería decir: «Si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya otorgado la escritura.» Sin embargo, no es éste, á nuestro juicio, el recto sentido del artículo.

Sin contrariar las tendencias del Código á la espiritualización de los modos adquisitivos posesorios revelada por el hecho de argüir tradición el otorgamiento de un título instrumental, creemos que en el pugilato de una doble venta, el Código se pronuncia, no en mérito á la intención traducida por el instrumento,

sino al hecho material de ocupar la cosa vendida. De suerte que si en el ejemplo propuesto, *C* ocupa con buena fe el mueble precioso, *C* habrá adquirido la posesión, y con la posesión, la propiedad de la cosa objeto de la venta. He aquí, pues, un caso en el que la ocupación es requisito, á nuestro juicio, insustituíble para adquirir la posesión. El hecho abusivo de la doble venta; la contienda entre los dos que se creen con título legítimo al dominio de la cosa enajenada; el deseo reflejado en la ley de contrariar el fraude que por parte del vendedor pudiera cometerse, determinan la necesidad de optar por una exterioridad tangible, positiva, material.

Más dificultad, seguramente, envuelve este otro problema práctico sobre el tema obligado, en estos momentos, de la doble venta de un bien mueble.

A vende á *B* el aceite contenido en las vasijas de un almacén y le entrega la llave de este último en el acto de recibir el precio. *A*, en el mismo día, vuelve á vender á *C* ese mismo aceite, y de igual manera le entrega otra llave, idéntica á la que *B* recibió. *C*, más solícito, acude al almacén, penetra en él y comienza á ejecutar actos de dueño. *B* se encuentra sorprendido con la presencia de *C*, que, alegando propiedad en virtud de un justo título, se opone á que *B* penetre en el almacén y disponga del aceite que en él se guarda.

¿Cuál de los dos habrá adquirido la posesión? Nosotros resolveríamos este caso del mismo modo que el que hemos expuesto anteriormente, es decir, transfiriendo la propiedad al primero que realizó la ocupación material de la cosa vendida. Nos fundamos para opinar así en dos motivos:

1.° En estos pugilatos de lo tuyo y lo mío que van anexos á toda doble venta de un bien mueble ó de un conjunto de bienes muebles, hay que proceder por virtud de un criterio fijo, y éste no puede ser otro que el de la ocupación de la cosa. Por eso es nuestro parecer el de que, al manifestar el Código en el art. 1.473 que si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya tomado posesión, se refiere de un modo categórico, no á la posesión que el imperio de la ley reconoce en la solemnidad instrumental, ni tampoco exclusivamente á la equivalencia posesoria de la adición simbólica, llamada así por los expositores, sino á la

ocupación de la cosa. Necesita esta tesis alguna aclaración por nuestra parte.

La ley va en seguimiento de un término invariable, de una norma decisoria de la cuestión, y en nuestro sentir, adopta aquella que se ofrece á la consideración del derecho con la realidad de lo material. La solemnidad instrumental deja traslucir la voluntad dirigida hacia la apropiación de un objeto, pero carece de la estabilidad del acto mismo de apropiación. La entrega de las llaves, como arquetipo de la llamada tradición simbólica, se acerca más á lo real, hasta el punto de haberla nosotros considerado como una equivalencia de la ocupación; pero en grado menos intenso, adolece de los mismos inconvenientes de la primera. La ocupación de la cosa mueble vendida á diferentes compradores, es el modo adquisitivo único que por su realidad física puede zanjar con caracteres de fijeza la contienda de los que aleguen dominio sobre el objeto vendido. No queremos por esto decir que en el pugilato que sostengan, por ejemplo, un comprador que presente título instrumental y otro que carezca de él, aun cuando se encuentre en la tenencia de la cosa, haya invariablemente de preferirse al primero. Tampoco pretendemos significar que la entrega de las llaves nada suponga. En manera alguna: Tal acto de tradición simbólica confiere desde luego la posesión. Lo que nosotros defendemos es que ante la dualidad de dos títulos instrumentales, de dos tradiciones simbólicas en los casos de doble venta que hemos analizado, hay que resolver en favor del primero que ocupe la cosa.

2.° El motivo segundo en que apoyamos nuestra decisión estriba en que, dada la anomalía de una venta dúplice, más actividad, más interés por la cosa demuestra el que desde luego la ocupa, trabando aquella relación indicada por la posición legal y material del objeto vendido, que aquel otro que omite esta diligencia, prescindiendo de actuar directamente sobre la cosa. Tan cierto es que el Código no desatiende la prioridad en el tiempo como criterio permanente para resolver en el caso de una doble venta, que el segundo párrafo del repetido art. 1.473 está concebido en los siguientes términos: «Si la cosa vendida á diferentes compradores fuese inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.» Se dirá que este precepto obedece á las imposiciones de la doctrina sobre la ins-

cripción; pero á esto replicaremos que si la inscripción determina la preferencia, es por la fijeza y estabilidad que imprime al hecho indestructible de la mayor solicitud del comprador, que salvaguarda su dominio, colocándolo en aquellas condiciones exigidas por la naturaleza jurídica de la cosa y por su posición natural en el orden de las relaciones sociales. ¿Dónde encontramos con respecto á las cosas muebles, esa realidad que la inscripción comunica á las cosas raíces si no es en la ocupación? Siendo esto así, no necesita nuestro criterio mayores justificaciones.

El Código de las Costumbres Tortosinas nos ofrece un caso típico digno de meditación en la Cost. II, Rub. *De rei vindicatione* (1).

Según dicho texto, el que enajena una finca rústica y no da la posesión al adquirente y después la enajena en favor de otro y le pone en posesión, el primer adquirente no tiene acción para reclamarla, porque en esta doble venta adquiere mejor derecho aquel que primeramente entró en posesión de la finca.

b) Caso de la prenda.—El artículo que estamos comentando no distingue categóricamente entre la adquisición de la posesión natural y civil. Así es que, aun cuando por el contrato accesorio de prenda, el acreedor pignoraticio sólo adquiere la tenencia de la cosa pignorada, ó en otros términos, su posesión natural, nos consideramos autorizados para comprender el caso en este lugar como uno de aquellos que requieren la ocupación efectiva.

La virtualidad de la garantía que la prenda reporta al acreedor estriba precisamente en la retención de la cosa, bien en su poder, bien en el de un tercero, de común acuerdo. Así lo confirma el art. 1.863, redactado en estos términos: «Además de los requisitos exigidos en el art. 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor ó á un tercero de común acuerdo.» Y el art. 1.866 ratifica el 1.857, manifestando que el contrato de prenda da derecho al acreedor para *retener* la cosa en su poder ó en el de la tercera

(1) Si algu ven o dona o aliena son camp o sa vinya á algu e no liura nel ne met en possessio, e depuys aquel camp meteyx o vinya, altra cosa vendra o dara o alienara a altre el ne metra en possessio o loy liurara aquel aqui primerament aquela cosa sera venuda donada o alienada no la pot cobrar ne demanar: ne len es tengut a respondre: Leuada donacio que sia feyta de pare a fill.

persona á quien hubiese sido entregada hasta que se le pague el crédito.

La incorrecta construcción de este segundo precepto ofreciéndonos bajo la forma de un derecho, y como tal renunciable, uno de los requisitos esenciales del contrato de prenda, abre paso á la cuestión que se sintetiza en los siguientes términos: el acto meramente jurídico del otorgamiento de la escritura pública de prenda, ¿implica la posesión á que alude el art. 1.857?

Una cláusula de posesión puramente nominal, siquiera denote la intención en el acreedor pignoraticio de someter á su voluntad la cosa dada en prenda, ¿constituirá por sí sola causa bastante de adquisición posesoria? En nuestro sentir, no.

La posesión que el contrato relativo de prenda requiere, según se desprende, á nuestro juicio, del espíritu y del texto del ya citado art. 1.857, es aquella que coloca al acreedor pignoraticio en posición de ejercitar inmediatamente su voluntad sobre la cosa pignorada; es la que le confiere una posibilidad de acción libre y desembarazada. Si el deudor se obligase, v. gr., á mantener las cosas objeto de la prenda á la disposición del acreedor, aun cuando reteniéndolas en su poder, ¿podría dudarse de la existencia de un hecho en cuya virtud quedarían aquéllas sometidas á la acción de la voluntad del último, es decir, del acreedor prendario? No, ciertamente, y con ajuste exacto á lo establecido en el art. 438, podríamos sostener que dicha posesión encarnaba jurídicamente, por decirlo así, en el segúndo de los modos adquisitivos que el mencionado artículo estatuye. Sin embargo de esto, no habría prenda.

La razón es obvia. Como todas las cosas muebles son susceptibles de fácil ocultación por su carácter eminentemente traslaticio, la única garantía del acreedor cuando en seguridad de su crédito se constituye una prenda, consiste, bien en *retener* bajo su poder el *pignus*, bien en la disponibilidad inmediata de la cosa á medida de su voluntad, depositándola en poder de una tercera persona elegida de común acuerdo por el acreedor y el deudor.

Destrúyanse estos caracteres esenciales del contrato que nos ocupa; déjense los objetos pignorados en poder del acreedor siquiera éste preste toda clase de cauciones morales, y quedará en compendio una mera obligación personal tornasolada con la esperanzas, más ficticias que verdaderas, de una garantía res

Por los motivos que dejamos manifestados, es nuestro parecer que el caso de la prenda refluye en el primero de los modos adquisitivos del art. 438, porque si bien no es fácil afirmar en absoluto y sin distingos que para adquirir la posesión natural ó tenencia de las cosas pignoradas, sea menester ocuparlas física ó materialmente, sí es lícito sostener como requisito de esencia, la posibilidad inmediata del acreedor de ejercitar su voluntad sobre dichas cosas. Y es claro que á esta posición jurídica, por cuya virtud se manifiesta la continuidad de la posesión en el caso de la prenda, no se puede llegar sino por un hecho que de no constituir ocupación material, represente su equivalencia por el simbolismo de la tradición ó por la relación de hecho que traba la presencia intencional del sujeto.

c) Caso de la posesión adquirida por los menores é incapacitados. Tratárase de un libro informado por el dogmatismo de un sistema, y nos hubiéramos abstenido de ocuparnos de esta singular posesión, que por sí mismos, y no obstante su deficiente capacidad jurídica, pueden obtener los incapacitados y los menores de edad; pero dentro del rigor de la exégesis, debemos exponer algunas consideraciones, aun á trueque de incurrir en anticipación de ideas.

No todos los menores ni todos los que el derecho escrito designa con el calificativo genérico de incapacitados, hállanse comprendidos en la regla que vamos á exponer. La emancipación respecto de los primeros y determinadas incapacidades en lo que atañe á los segundos, excluyen la asistencia tuitiva que el ejercicio de esta posesión que nos ocupa supone. Pero la particularización concreta de estas distinciones corresponde al comentario del art. 443. Ahora hablamos en tesis general.

La posesión que adquirimos por la influencia de la voluntad claramente reflejada en un acto jurídico, v. gr., el otorgamiento de una escritura; aquella otra posesión que exige el requisito de una formalidad judicial, y por consiguiente, la comparecencia ante un Tribunal constituído, no pueden en modo alguno ser producto de la actividad exclusiva más ó menos consciente de un ente ó de un menor; necesita dicha actividad inapreciable regularidad y en cada caso, jurídicamente hablando, ser suá por la asistencia del legítimo representante.

os menores y los incapacitados sólo pueden adquirir por su

propia personalidad la posesión de las cosas que sean susceptibles de libre ocupación. El animal bravío, los peces del mar, la tierra yerma y abandonada, en una palabra, todas aquellas cuya aprehensión corporal pueda ser determinada por la libre actividad del menor ó del incapaz.

Así opinamos nosotros, y por esta causa hemos incluído ese ligerísimo boceto de la adquisición posesoria de los menores ó incapacitados en el primero de los modos adquisitivos establecidos por el art. 438 que estamos comentando.

d) De la adquisición posesoria de los animales bravíos y de los amansados, cuando han perdido la costumbre de volver á la casa del poseedor.—Estudiamos sumariamente todos estos casos para perfeccionar con su enunciación demostrativa la doctrina propia del comentario, toda vez que en su lugar oportuno han de adquirir el debido desarrollo y desenvolvimiento.

Los animales fieros sólo se poseen, dice el art. 465 del Código, mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados ó amansados se asimilan á los mansos ó domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor. El propietario de animales amansados, añade el art. 612, podrá reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

El art. 610 manifiesta que se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca.

La cita de estos tres textos legales evidencia, sin necesidad de mayor razonamiento, nuestra tesis relativa á que la adquisición posesoria originaria de los animales fieros y de los domesticados, cuando han vuelto á su primitiva condición, sólo puede tener lugar mediante la ocupación, propiamente dicha, y en su consecuencia, hállase comprendido el caso en el primero de los modos adquisitivos al que con repetición venimos refiriéndonos. Circunscribimos la *occupatio* á la adquisición originaria, porque los animales salvajes ya reducidos al cautiverio, pierden el carácter singularísimo que les comunica su natural bravío y libre, y se condicionan por los mismos pactos y modalidades que la transmisión de las demás cosas muebles. Así, por ejemplo, la posesión del león en la selva sólo puede ser adquirida por la *occupatio*, es

decir, por la caza, mediante el arma de fuego, la saeta, el cepo, la trampa, etc. La posesión del león enjaulado podemos adquirirla por cualquier título transmisivo del dominio, por la simple influencia de nuestra voluntad, por la otorgación de una escritura pública. Y este ejemplo que hemos puesto es aplicable igualmente al ave libre y al ave prisionera, al caballo salvaje de las Pampas y á ese mismo caballo ya aprisionado por el lazo del gaucho.

e) Caso del tesoro y de la cosa mueble perdida.—Para el Derecho civil patrio vigente, tesoro significa (art. 352) todo depósito oculto ó ignorado de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste. Concepto análogo á este era el que la ley 31, § 1.°, Dig. *De adquirendo rerum dominio*, expresó con las siguientes palabras: *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat, sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit.* Los jurisconsultos romanos usaron de la palabra *thesaurus* indistintamente para designar así la cosa preciosa oculta, *cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat*, como el dinero enterrado, fuese ó no conocido el dueño. Dado el concepto restringido de nuestro Código, es indudable que no pueden ocasionarse las querellas á que dió margen la anfibología de los textos romanos.

Pero en el tesoro se da el caso de un bien mueble, si no adherido á un inmueble, sí oculto en sus arcanos, sean éstos los senos de la tierra, sean los muros de un edificio. Y de aquí que en el equilibrio de las fuerzas contrapuestas, que representan de un lado el dominio de la cosa raíz y de otro el hecho casual de la invención, haya habido necesidad de satisfacer ambas aspiraciones, muy justas y muy legítimas, la del descubridor del tesoro y la del dueño del campo, casa ó muro en que se hubiere hallado. Esta ponderación no amengua la generalidad de la regla que nosotros sentamos y que se contiene en las siguientes palabras: Sólo mediante la invención es factible llegar á poseer el tesoro. De esta regla deducimos que la ocupación es el modo adquisitivo, originario, propio del caso que estudiamos.

Un artículo de nuestro Código civil, el 351, dice que el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare; y si bien sobre lo desconocido no es factible trabar relación jurídica ninguna, podría decirse, dada la redacción del artículo, que por el

hecho de adquirir la propiedad se adquiría también la posesión de los tesoros que en el fundo hubiera, aun cuando se desconociese su existencia.

En nuestro sentir, esta hipótesis carece de fundamento, porque los tesoros en tanto son susceptibles de posesión, en cuanto por su descubrimiento pueden ocuparse.

Nada importa que el tesoro lo ocupe el dueño de un modo directo ó mediante el trabajo de operarios asalariados con dicho fin, y sería por otra parte anacrónico tratar de acomodar á la laxitud y espiritualidad de nuestro moderno Derecho los rígidos é inflexibles resortes de leyes que ya pasaron.

El mismo carácter ignorado del tesoro, su cualidad de cosa corporal, *quae tangi possunt*, denotan la *occupatio* como el modo adquisitivo posesorio reclamado por su naturaleza.

f) Caso de la posesión de los bienes de aprovechamiento comunal.— Es un verdadero caso de *occupatio*, en atención á cuya circunstancia hacemos mérito de él.

Así como los menores pueden adquirir la posesión por el ministerio de sus tutores, así las personas civiles, dice Laurent, pueden también adquirirla aunque carezcan de voluntad. Tales son *les communes*.

Todos los dias, expresa Troplong, sucede que una *commune* prueba el origen y la continuidad de su posesión por los actos de disfrute de sus habitantes; y si bien, como manifiesta Marcadé, estos últimos no poseen individualmente y para ellos mismos, sí poseen como miembros de la comunidad y para la comunidad. Esta posesión ha sido reconocida por los Tribunales, y en prueba de ello aducen los autores citados la frase de Brunemann: *In foro hodie ista subtilitas cessat. Non minus enim possidet universitas quam privatus*. Trasladémos el caso del marco del Derecho francés al de nuestro Código.

Imaginemos un Municipio cuyos habitantes aprovechan un terreno de propiedad particular, ya transitando constantemente, ya abriendo veredas, ya llevando á pastar sus rebaños. Estos actos posesorios, ¿carecen de toda significación y eficacia? En nuestro sentir, no. El Municipio tiene su representación jurídica, y á nuestro parecer que los bienes ganados por la comunidad, dig moslo así, entrarían en la categoría de los llamados patrimon les por nuestro Código civil.

g) Equivalencia de la tradición simbótica á la ocupación material.—Por tradición, en su sentido jurídico, se entiende el acto en cuya virtud ponemos á disposición de una persona aquella cosa que queremos cederle. Así, pues, toda tradición con respecto á la doctrina posesoria supone, no un modo originario, sino derivado. Esta deducción concuerda con la que en otro lugar de este comentario hemos sentado al delimitar la extensión del primer modo adquisitivo establecido por el art. 438. Entonces dijimos que podíamos adquirir por ocupación material la posesión, no sólo de aquellos bienes apropiables por su naturaleza y que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas, sino también de todas las cosas muebles ó raíces que tengan corporalidad, bien constituyan ellas por sí el objeto de la posesión, bien los derechos que sobre las mismas recaigan. Podemos añadir como razón de plan, que refiriéndose la tradición por modo exclusivo á las cosas corporales, se justifica que nos ocupemos en este lugar de la llamada simbólica, considerándola como una equivalencia de la *occupatio* en el orden de los modos adquisitivos posesorios.

En nuestra patria únicamente el Código de las Costums, según dice D. Bienvenido Oliver, ha proclamado con franqueza y claridad, la doctrina germánica relativa á la necesidad de la tradición para que se transmita el dominio de los bienes. «*Cosa que sia donada ó escambiada e per altre titol sie alienada per lo contrayt feyt si la traditio de la cosa no es feyta: no passa la senyoria en lo preuent lo contrayt*» (1).

En nuestras leyes de Partida encontramos admitida la tradición llamada simbólica por los intérpretes.

«Enajenando ó vendiendo un ome á otro trigo ó vino ó olio ó algunas otras mercadurías que estuuiessen en alfondigas ó almazen ó en otra casa cualquier, dándole las llaues, de aquel lugar do estuviessen las cosas, *e estando y delante*, por tal apoderamiento como este que le faze dando las llaues, entiéndese que le apodera tambien de las mercadurías que son en la casa maguer a las vea, como de las llaues que le da á paladinas.» La ley

---

1) Cost. VI de la Rub.—*De Donacions.*

transcrita de Partidas no hace después de todo otra cosa que reproducir la 74, tít. I, libro XVIII del Digesto (1).

Por eso exige como condición de la *traditio* la presencia del que entrega.

El Código civil patrio ha prescindido de este formalismo del derecho de Roma, y en el art. 1.463, ya citado en este mismo comentario, dice: «Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará por la de las llaves del lugar ó sitio donde se hallaren almacenados ó guardados.»

Al tenor de las breves consideraciones que anteceden, podemos definir la tradición denominada simbólica por los intérpretes, diciendo que es un modo adquisitivo derivado, por cuya virtud la entrega de una señal determinada suple á la entrega material del objeto.

En términos más lacónicos, la tradición simbólica es una equivalencia de la *occupatio* mediante un convencionalismo aceptado por la ley.

2.° *La subordinación de las cosas ó derechos á la acción de nuestra voluntad.*—He aquí el segundo de los modos adquisitivos establecidos por nuestro Código. Basta su simple enunciación para comprender que el legislador ha querido rendir un tributo á la espiritualidad de la relación jurídica y al sentir dominante en la filosofía del derecho.

Si la ocupación material, hanse dicho los autores del Código, es el medio plástico, valga la frase, por cuya virtud la posesión se adquiere, la influencia de la voluntad, determinando la posibilidad física ó jurídica de disponer de la cosa objeto de la posesión, será el medio moral, y ambos aunados nos darán resuelto en toda su amplitud el problema de la adquisición posesoria.

Pero si éste ha sido el pensamiento de la ley, ¿lo ha reflejado fielmente en sus palabras? Creemos que no. La expresión gramatical del segundo de los modos de adquirir que estudiamos, denota una laxitud tal, una generalidad de contenido tan vaga, tan

---

(2) *Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea...*

inconcreta, que más que un modo adquisitivo singular parece ser un carácter esencial de todos los modos posesorios consagrados por la ley. El hecho de quedar la cosa corporal ó incorporal sujeta á la acción de nuestra voluntad, prodúcese lo mismo cuando ocupamos materialmente un bien mueble, que cuando, v. gr., por la otorgación de una escritura pública, se manifiesta la intención dirigida á la adquisición de una cosa. A la acción de mi voluntad queda sujeta, lo mismo la res prendida en el lazo que yo coloqué en el campo, aun cuando no estuviere presente en el instante del prendimiento, como la pieza de caza á quien he herido y cae á mis pies; el arbusto que he comprado y que el jardinero deja en mi huerto; el trigo encerrado en el hórreo ó panero cuya llave se me entrega, y la tierra yerma abandonada que he labrado y sembrado. Todas las cosas que son y pueden ser objeto de la posesión, desde el punto en que por la eficacia de un modo adquisitivo material ó espiritual, se traba la relación posesoria, todas quedan subordinadas á la acción de nuestra voluntad. Bórrese este factor, significado por la nomenclatura con el apelativo genérico de *animus*, y habremos destruído el elemento substancial de toda relación jurídica.

Mas ahora bien: ¿es en estas generalizaciones donde se ha inspirado el legislador patrio al referir su pensamiento á la voluntad como modo adquisitivo, contrapuesto á la ocupación material? No, ciertamente. Existe aquí, como en otros muchos lugares de nuestro Código, una palmaria disparidad entre el espíritu y la letra, entre el concepto y su expresión, entre la derivación lógica y la contextura gramatical. ¿Quién duda que si atendemos al espíritu descubrimos en toda su pureza un modo adquisitivo posesorio cuya virtualidad no procede del hecho de quedar sometida una cosa á la acción de nuestro albedrío, sino de la voluntad misma exteriorizada por un acto? ¿No es cierto que si solamente nos fijamos en el texto legal es imposible ver otra cosa que un carácter anexo á toda posesión ya adquirida? Así como el acto físico de la ocupación constituye un modo adquisitivo, así esa operación puramente mental realizada por el s eto, exteriorizada por un acto y dirigida con exclusividad ha- (la adaptación de una cosa corporal ó incorporal á nuestro fin j dico, constituye, por vía de contraposición, el segundo de los 1 los en cuyo estudio nos encontramos.

Cuerpo y espíritu. En la *occupatio* domina la plasticidad del medio, porque la intención se significa por la materialidad del hecho mismo que sirve para adquirir la posesión. Cuando adquirimos, mediante la influencia de la voluntad, no conseguimos la posesión sólo con el ánimo, como dice Javoleno, con referencia á la doctrina de Labeón. La voluntad, como función del espíritu, se refleja en un acto, y este acto representa el *corpus*, siquiera á la inversa de la *occupatio*, no constituya por sí el hecho posesorio. La característica de este modo estriba en lograr por la fuerza moral de la intención el mismo efecto que se produciría si la voluntad se manifestase por el hecho propio de la ocupación.

Expuesta la doctrina de la ley, se comprenderá con muy poco esfuerzo intelectual que el Código, al cualificar el segundo de los modos adquisitivos por el sometimiento y subordinación de las cosas corporales ó incorporales á la acción de la voluntad, aprecia la nota diferencial, no en contemplación á la causa, sino al efecto, explicándose, á nuestra juicio, satisfactoriamente, por esta inversión de los términos la extraordinaria laxitud de que el precepto adolece y lo fundamentado de nuestra crítica.

***

Corresponde hablar en primer término de la adquisición de las cosas incorporales ó derechos. Ya al estudiar la ocupación material en la categoría de modo adquisitivo, hubimos de notar que las cosas incorporales no se pueden ocupar, porque la falta de corporalidad arguye fatalmente la imposibilidad del contacto, y sentada esta doctrina hicimos presente el grave error cometido por el Código al manifestar que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído.

Este segundo modo, por el ambiente moral en que se desenvuelve, parece exprofeso establecido para consignar en la ley la adquisición de los derechos, y entre éstos, muy principalmente, aquellos que recaen sobre las cosas; que son verdaderas desmembraciones del dominio; los *jura in re;* en una palabra, los qu fueron en el Derecho romano contenido de la llamada *quæ possessio*.

Comprendiendo el Código, no obstante el *lapsus* padecido

el art. 433, que los derechos no pueden ocuparse, consigna en el artículo 1.464 que respecto de los bienes incorporales la otorgación de escritura pública equivaldrá á la entrega, y en aquellos casos en que no tenga lugar presupondrá tradición el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia ó el uso que haga de su derecho el mismo comprador consintiéndolo el vendedor. No hemos aludido al art. 1.464 como antecedente categórico del aspecto del problema que analizamos, sino como referencia demostrativa de que el Código, al estudiar la tradición con respecto á los bienes incorporales ó derechos, consagra aquellos medios eminentemente jurídicos que, como las escrituras públicas, el traspaso de los títulos, el uso de los derechos enajenados, evidencian y realzan la intención del sujeto.

La posesión de los derechos se desarrolla, digámoslo así, en las sutilidades intangibles del espíritu. La voluntad, ó bien se aisla y por sí sola se encamina á la posesión, ó busca el concierto de otra voluntad, y adaptándose sus medios y condiciones, crea una nueva relación jurídica ó prosigue la anteriormente comenzada. Mas todas estas operaciones internas tradúcense en actos, porque, *in jure*, *quod non apparet non est;* y en la ejecución de estos actos, inspirados por las determinaciones conscientes del sujeto, encuentra el Derecho la realidad del modo en cuya virtud se adquieren las cosas incorporales. La ley presenta en la breve síntesis del artículo los caracteres de diferenciación. Los intérpretes los analizan y diversifican, expresando las manifestaciones jurídicas en que encarnan.

* * *

Expuestas estas nociones teóricas, procede afirmar en tesis general que la posesión de las cosas incorporales se adquiere ante todo por virtud de aquellos títulos eminentemente jurídicos en los cuales señorea la voluntad expresa ó presunta del sujeto de derecho. Tales son: la donación, la sucesión hereditaria si la herencia es adida, el contrato.

Busquemos la confirmación en los textos legales.

Revistiendo la posesión la exterioridad del dominio, la pro-

miscuidad de los medios de adquirir respecto de una y otro es indiscutible.

En consonancia con este principio, citamos el art. 609 en su segundo párrafo, según el cual, «la propiedad y *los demás derechos sobre los bienes* se adquieren y trasmiten por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.»

Sentada la regla, descendamos sin traspasar las lindes del derecho escrito, á particularizar con relación á los *jura in re* propiamente dichos.

El usufructo—cuya *quasi possessio*, según dice Savigny, se parece á la *possessio* más que la de ningún otro derecho real,—se constituye, según expresa el art. 468, por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos *inter vivos*, ó por última voluntad (contrato, donación, sucesión hereditaria).

Recuérdese además que, á tenor del art. 480, el usufructuario podrá enajenar su derecho de usufructo, aunque sea á título gratuíto.

La posesión de las servidumbres (servidumbres reales) admite distinciones.

Todas las servidumbres constituyen, como dice Savigny, excepciones de la regla general de la propiedad de otro. O aquel á quien compete el derecho de servidumbre puede imponer al dueño del predio sirviente la obligación de hacer alguna cosa por sí mismo ó de dejarla hacer, *servitus quae in faciendo consistit*, ó bien el propietario debe abstenerse de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre *(servitus quae in non faciendo consistit)*. A las de la primera clase las califica el derecho de servidumbres positivas y á las segundas de negativas.

La división es substancial cuando se trata de determinar el principio de la posesión.

Las servidumbres son también continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes.

Las servidumbres continuas aparentes, las continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, se adquieren n virtud de título. (Artículos 537 y 539).

Además, todo propietario puede establecer en su finca las s vidumbres que tenga por cönveniente, y en el modo y forma e

bien le pareciere, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público.

Los textos legales aducidos comprueban nuestro aserto; pero en medio de esta certidumbre queda un extremo que resolver. Es cierto que la posesión de los derechos ó cosas incorporales no se adquiere por la ocupación material. Evidente es, á nuestro juicio, que la adquisición posesoria de los *jura in re* reconoce por principal raíz, dada su espiritualidad, la trascendencia de la voluntad manifestada por los títulos legales de donación, sucesión hereditaria y contrato; pero los derechos que fueron contenidos de la *quasi possessio*, usufructo, servidumbre, superficie, no sólo se adquieren por los títulos expresados, sino asimismo por el ejercicio de los actos en que el derecho consiste. Esto nos lleva derechamente al tema relativo á si la posesión de los *jura in re* se adquiere por la prescripción, siendo así que esta última es el efecto más transcendental de la *possessio*. Desde el punto de vista de la propiedad la respuesta afirmativa es inconcusa, porque mediante la prescripción se obtiene el dominio, y éste se exterioriza en la posesión.

Contrayéndonos á la posesión de una cosa incorporal, como estado perfectible, como iniciación de la propiedad, es llano que el modo adquisitivo cuando no encarna en la realidad de un título cual los antes enumerados, se muestra en el ejercicio, en el uso, digámoslo así, de los actos constitutivos del derecho sobre la cosa.

La reiteración de dichos actos posesorios durante el término fijado por la ley, da margen á la prescripción, es á saber, á un modo adquisitivo, no de la posesión como estado similar del dominio, sino de la posesión como estado revelador de aquél. Solo en este sentido ha podido el art. 598, por ejemplo, decir que el título, y en su caso la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. A la inversa, al expresar el art. 538 que para adquirir por prescripción las servidumbres continuas aparentes, el tiempo de la posesión se contará en las positivas desde el día en que el dueño del predio dominante ó el que haya aprovechado la servidumbre hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente, y en las negativas desde el día en que el dueño del predio dominante hubiere prohibido por un acto formal al del sirviente

la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre, se ha referido á la posesión en el sentido en que actualmente la estamos estudiando.

Estas mismas observaciones evitan la confusión entre el principio de la posesión y los modos de adquirirla. Así, por ejemplo, el derecho real de usufructo presupone para su ejercicio la tenencia del fundo sobre el cual recae, ó lo que es lo mismo, la posesión natural de la cosa usufructuada. Podrá ocurrir muy fácilmente que la posesión del derecho de usufructo se adquiera, v. gr., por título hereditario y la posesión natural del fundo se realice con posterioridad.

Savigny, al ocuparse de la *juris quasi possessio*, afirma con respecto al caso expuesto, que la adquisición de la servidumbre personal de usufructo se verifica por los mismos trámites que la posesión propiamente dicha; bien por la tradición de la cosa, bien introduciendo el propietario en su tierra á aquel á quien quiera dar la posesión.

Reconociendo la autoridad indiscutible de Savigny, nos parece más acertado el proceder de nuestro Código, distinguiendo entre los actos eminentemente jurídicos por cuya virtud se formaliza la posesión y aquellos otros de ocupación material, verdaderos medios por los cuales el derecho ya adquirido puede ser ejercitado.

***

Pero no sólo se contrae el segundo de los modos adquisitivos que estamos estudiando á los *jura in re*. Su extensión es mayor, y comprende asimismo á las cosas corporales, sean éstas muebles ó raíces.

Manifestándose la intención del sujeto por un acto demostrativo de la relación jurídica contraída, puede asegurarse con el Código que la posesión existe, porque el hecho de quedar la cosa sujeta á la acción de nuestra voluntad, se ha producido.

La res que cae en el lazo, aun cuando el cazador no se encuentre presente. Los libros que dejan en el vestíbulo de la casa de aquél que los compró. El fundo cuya posesión se adquiere por la simple otorgación de la escritura de la venta; todos éstos son casos comprendidos dentro de los modos adquisitivos del art. 438.

3.° *Por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho.*—Al trazar en breves líneas el croquis del capítulo que estamos estudiando, hubimos de manifestar que, en nuestro sentir, este tercer modo adquisitivo no debió ser considerado por los legisladores como tal, toda vez que se refunde en alguno de los dos que le anteceden.

Prescindiríamos, por tanto, de su enunciación y de su estudio, si á ello no nos obligara el rigor de la exégesis á que nos ajustamos en la exposición de las materias.

Una ficción legal, un acto propio establecido por el derecho con el fin de adquirir la posesión es la entrega de las llaves, la tradición simbólica, y esto no obstante, nos hemos ocupado de ella como equivalencia de la *occupatio* al analizar el primero de los modos consagrados por el Código en el art. 438.

Enumeraremos algunos de los actos y formalidades legales, mediante los cuales y por virtud del imperio del derecho escrito adquirimos la posesión.

a) El otorgamiento de escritura pública.—Un medio eminentemente jurídico es con respecto al contrato de compraventa el otorgamiento de escritura pública. En consonancia con esto, el artículo 1.462 del Código dispone que cuando la venta se verifique mediante dicha solemnidad instrumental, el otorgamiento equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato.

Podrá argüirse y no sin algún motivo, que supliendo la escritura pública por la influencia de la voluntad, el acto material de la entrega de la cosa vendida, incide este caso en el segundo de los modos de adquirir la posesión de que el Código se ocupa en el artículo objeto de nuestro estudio. Cierto; pero no lo es menos que la escritura pública es una formalidad legal para adquirir la posesión, salvo el caso de doble venta. A lo sumo, esta indeterminación del medio, esta su vaguedad acomodaticia é incolora, lo que demuestra es la razón con que venimos sosteniendo que el tercer modo adquisitivo mencionado en el art. 438 se refunde en alguno de los dos que le preceden, y si pareciere un tanto exagerado nuestro criterio, diremos que es tal la identidad de sus caracteres, que si posible fuera una superposición material, se confundirían por la exactitud de su centro y de su contorno.

b) La entrega de las llaves.—En la misma categoría, siquiera á tan sólo porque encuentra su sanción en la ley, podemos co-

locar la tradición simbólica, así llamada por los comentaristas é intérpretes.

El art. 1.463 consagra este medio, expresando que, fuera de los casos á que alude el 1.462, ó sea la otorgación de escritura pública, la entrega de los bienes muebles se efectuará por la de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen almacenados ó guardados, y por el solo acuerdo ó conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta, ó si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo.

El artículo amalgama dos hechos jurídicos de naturaleza diferente. El primero consiste en la entrega de las llaves en equivalencia de la tradición material de la cosa enajenada; el segundo en el acuerdo ó conformidad de los contratantes. El primero supone la existencia de una formalidad legal, que supedita la cosa á nuestro albedrío; el segundo no, puesto que el acuerdo ó conformidad de las partes, como derivado de la intención, puede muy bien no exteriorizarse en forma alguna solemne. De aquí que, aun cuando los dos medios expresados, es á saber, el pacto y la entrega de las llaves, son suficientes para presumir la posesión, á tenor del art. 1.463, y entroncan por línea derecha con el segundo de los modos adquisitivos del art. 438, la presencia de una formalidad en el caso de la tradición simbólica nos determina á incluirla asimismo en este otro tercer modo al que nos estamos refiriendo.

c) La entrega de los títulos.—Respecto de los bienes incorporales, dice el art. 1.464 del Código, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.462.

En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia ó el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor.

d) El interdicto de adquirir.—Para que pueda tener lugar este interdicto es condición indispensable: primero, que los bienes cuya posesión se solicite no estén poseídos á título de dueño ó de usufructuario; segundo, que el que se acoja á dicha acción · terdictal presente copia fehaciente de la disposición testamen· ria del finado, cuyos bienes sean objeto del interdicto, ó si h · biese fallecido intestado, la declaración de heredero hecha p ·

autoridad judicial competente; tercero, que se acredite, mediante sumaria información, que los bienes de que se trate no están poseídos por nadie, ni á título de dominio ni de usufructo.

Cumplidos los anteriores requisitos, el Juez dictará auto otorgando la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, ó denegándola. En el primer caso, se procederá á darla, en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás, por alguacil, á quien se comisionará al efecto y ante el actuario, practicando asimismo este último los requerimientos necesarios á los inquilinos, colonos, depositarios ó administradores de los demás bienes, para que reconozcan al nuevo poseedor.

En la ley de Enjuiciamiento civil y artículos subsiguientes al 1.640 se consigna el procedimiento que habrá de seguirse para consolidar, digámoslo así, la posesión; pero de esto haremos mención en un apéndice de este tomo, omitiendo ahora cuanto se relacione con dicho particular.

e) La posesión judicial.—Dice el art. 2.056: «Para que pueda decretarse la posesión judicial de una finca ó fincas que no se hayan adquirido por título hereditario, el que pretenda obtenerla la solicitará del Juez, acompañando:

1.° El título en que funda su pretensión, inscrito en el Registro de la Propiedad.

2.° Una certificación expedida por el encargado de dicha dependencia, de la cual resulte que el solicitante tiene respecto á la finca ó fincas comprendidas en el título que presente y cuya posesión pida, el carácter con que la solicita.

El Juez, añade el art. 2.057, examinará el título presentado, y si lo encontrase suficiente, dictará auto mandando dar la posesión sin perjuicio de tercero de mejor derecho. La posesión se dará por medio de un alguacil asistido del actuario en cualquiera de los bienes en nombre de los demás, y se requerirá á los inquilinos, colonos y arrendatarios para que reconozcan al nuevo poseedor.

f) La posesión administrativa.—Para dar una idea de este caso nos ocuparemos del más típico, es decir, de aquel que se nos ece con más pronunciado relieve. El relativo á la expropiación osa.

A tenor del art. 70 del Reglamento de 13 de Junio de 1879, vez hecho el pago de la expropiación en cualquiera de los

casos mencionados en la ley y en este Reglamento, ó hecho el depósito á que se refieren los artículos 48, 67 y 68 del mismo, la Administración entrará desde luego en posesión de los terrenos ó fincas expropiadas, cuyo acto tendrá lugar ante el Alcalde de la jurisdicción respectiva.

Exactamente lo mismo ocurre cuando la expropiación reconoce por origen las necesidades de la defensa del territorio nacional é interviene como es consiguiente el ramo de Guerra. Entónces según dispone el art. 57 del Reglamento de 10 de Mayo de 1881, el Cuerpo de Administración militar tomará desde luego posesión con las formalidades legales de los terrenos ó fincas expropiados.

g) La ejecución de sentencia en que se condene á entregar una cosa determinada.—Puede esto ocurrir, bien por el ejercicio de la acción reivindicatoria, ó por el de la publiciana si se hubiese ventilado el juicio sobre la posesión civil. En cualquiera de estos dos casos, de los cuales hacemos mérito por la relación que guardan con la materia que estudiamos, rige el art. 926 de la ley de Enjuiciamiento, á cuyo tenor, cuando en virtud de una sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente á ponerlo en posesión de la misma, practicando á este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado.

Lo mismo se practicará si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida. (*Véase Apéndice núm. 2.*)

* * *

El tema discutidísimo de la adquisición posesoria se reconcentra en nuestro Código en los dos artículos cuyo comentario hemos enlazado por la íntima conexión que entre sí guardan.

El art. 438, como ya hemos tenido ocasión de expresar, dice relación al objeto de la posesión estableciendo los modos adquisitivos. El 439 refiérese de un modo singular al sujeto, bien sea éste la misma persona que va á disfrutarla, bien su representante legal, bien su mandatario, ó un tercero sin mandato alguno Ambos, por tanto, se contraen al mismo fin, definiendo de un modo preciso quiénes pueden adquirir la posesión y por virtud de cuáles modos pueden adquirirla.

Si la anticipación de doctrina en que el Código ha incurrido tratando del ejercicio posesorio antes que de su adquisición, no nos hubiera obligado á sacrificar la exegesis en aras de un orden expositivo lógico, el actual comentario alcanzaría mucho mayor desarrollo; pero, enemigos de duplicaciones, empezamos por remitir á nuestros lectores al estudio que entonces hicimos con respecto al art. 432. Por otra parte, habiendo ya tratado en su generalidad el punto concreto de la adquisición de la posesión, réstanos sólo analizar sumariamente sus diversas modalidades subjetivas.

La síntesis del art. 439 se encierra en lo siguiente:

1.° Podemos adquirir la posesión por nosotros mismos, si no se encuentra limitada nuestra capacidad de derecho.

2.° Los que tengan restringida su capacidad jurídica adquieren la posesión por conducto de sus representantes legales.

3.° También podemos adquirir la posesión por nuestro mandatario con mandato expreso y aun por un tercero sin mandato, si bien en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

I. *Adquisición de la posesión por la misma persona que va á disfrutarla.*—Ninguna duda puede ofrecer el primer extremo, ni necesita mayor esclarecimiento que su propia enunciación. Ya lo consignó el Derecho romano diciendo: *Adipiscimur autem possessionem per nosmet ipso.*

Fué repetido por la legislación alfonsina, expresando la Partida 3.ª: «Tenencia é possesion de las cosas puede ganar todo ome por si mismo que aya sano entendimiento», y las legislaciones modernas, principiando por el Código Napoleón, vienen reconociendo unánimemente el mismo principio. El sujeto adornado de plena capacidad puede adquirir por sí mismo la posesión, porque en él concurren los dos elementos que la adquisición posesoria requiere; son á saber: la personalidad natural y la intención de poseer.

II. *De la adquisición por un tercero.*—La adquisición posesoria
la misma persona que va á disfrutarla no ofrece dificultad
na, puesto que existiendo capacidad en el sujeto para poseer
titud en la cosa para ser poseída, la relación jurídica produ-
con toda espontaneidad y sencillez.

Mas en la adquisición por un tercero, el sujeto se nos presenta con su capacidad jurídica restringida é imposibilitado de actuar por su propia personalidad.

Como expresa un distinguido escritor, por conducto de la tercera persona adquiere y posee todo el que tiene con esa persona una relación jurídica, en cuya virtud la una representa el derecho y la personalidad de la otra.

La adquisición posesoria por conducto de un tercero implica, digámoslo así, una equivalencia personal. Así como el derecho ha inventado la tradición simbólica como *sustitutivo* de la *occupatio;* así como ha extendido la influencia de la voluntad hasta el extremo de presuponer posesión el formalismo de un instrumento, y todo ello con la mira de adaptar á la acción corporal deficiente del sujeto, las cualidades del objeto; así procurando la adaptación al medio jurídico, de los atributos intelectuales, imperfectos ó menoscabados del sujeto, ha reconocido la posibilidad de adquirir la posesión por aquellas personas que con la aquiescencia de la ley suplen las deficiencias de la capacidad, ó multiplicando por la equivalencia de las atribuciones la acción limitada de la persona capaz, salvan los escollos que el tiempo y el espacio oponen á la actividad individual.

De aquí se desprende de un modo irrefragable que la adquisición posesoria por un tercero admite, exige, podemos decir con más propiedad, para su exacta comprensión y desarrollo, una división en dos términos. O la representación del poseedor, y por tanto la capacidad posesoria del tercer adquirente, proviene del imperio de la ley, ó de la voluntad libremente determinada del sujeto que va á poseer. En el primer caso, es de derecho necesario, y el Código califica al tercero de representante legal; en el segundo es de derecho voluntario, y su calificación en el citado Cuerpo legal es la de mandatario.

Tanto en la adquisición posesoria realizada por conducto de un representante legal como por el mandatario, deben coexistir en ambos, condiciones de capacidad é intención. La diferencia radica en las circunstancias del representado y en la relación que debe mediar entre el poseedor y su representante, siquiera el último elemento venga á refluir, como luego veremos, en mayor extensión de la capacidad. Distingamos.

A) De la adquisición posesoria mediante la representación ne

saria de un tercero.—Representante legal.—Comprende este término de la división:

1.° La posesión que adquiere el padre en nombre de sus hijos menores no emancipados.

2.° La del tutor en nombre del pupilo ó del demente.

3.° La del marido en nombre de la mujer.

4.° La posesión que en nombre de las personas jurídicas adquieren sus representantes legales.

Cuando la posesión la adquiere un menor ó un demente, por conducto de su padre ó de su tutor, no basta que concurran en el tercer adquirente los mismos requisitos que fueran necesarios si tratara de adquirir para sí propio. Entonces la relación posesoria se localiza, por decirlo así, en la persona del poseedor; principia y termina en él, por lo que afecta al sujeto. A la inversa, en el caso que estudiamos, la equivalencia personal, de que en otro lugar de este comentario hemos hablado, arguye la existencia de una persona que, ó por virtud del imperio legal suple las veces del poseedor, ó por la transmisión voluntaria de atribuciones representa la personalidad capaz de aquél. En uno y otro caso existe un representante ligado con el poseedor por un vínculo necesario ó voluntario, por una relación cuya transcendencia es imposible desconocer.

De esta relación entre el poseedor y su representante, relación que no existe cuando se trata de la adquisición por nosotros mismos, surge un factor característico, un elemento diferencial que, adoptando la nomenclatura de Savigny, podemos calificarlo de *potestad jurídica*.

Cierto que en último término este factor refluye en la capacidad del tercer adquirente, y así lo demostraría el análisis, mediante la disgregación de los sumandos componentes de aquélla; pero por lo mismo que nuestro trabajo es investigador, debemos presentar dicho atributo de la capacidad con separación completa.

Nadie duda que la tutela, por ejemplo, es una institución de carácter social.

El Estado se arroga la misión protectora de los menores huérfanos y de los privados del uso de la razón y distribuye entre los individuos capaces que de él forman parte, el deber de procurar la persona y los bienes de los que no pueden dirigirse por sí mismos. Por la tutela, una vez descendida del acervo social

donde reside en principio, al terreno individual, donde se particulariza y ejercita, se crea una relación entre el tutor y el tutelado, de poder por parte del primero, de subordinación por parte del segundo.

Elimínese ese poder que hemos calificado, siguiendo á Savigny, de potestad jurídica, en defecto de un término admitido y corriente, y el tercero, perdida su investidura de representante legal, no podrá adquirir la posesión de las cosas en nombre del representado.

El padre carecería de capacidad para adquirir en nombre de su hijo menor no emancipado, si, v. gr., por sentencia firme de un Tribunal estuviese privado de la patria potestad. El tutor tampoco podría adquirir por el menor ó incapacitado sometido á su tutela si por causa de remoción no se hallare en la plenitud de sus funciones. Lo mismo le sucedería al representante de una persona jurídica si hubiese sido privado de su representación.

Y esto no obstante, el padre, el tutor y el representante de la persona jurídica, á pesar de haber sido exonerados de sus respectivas atribuciones, gozarán de capacidad para adquirir por sí mismos la posesión.

Respecto del *animus*, innecesario creemos advertir que el tercero ha de tener la intención de adquirir para su representado.

Savigny considera que el segundo requisito que en la adquisición por un tercero debe existir consiste en que el poseedor tenga intención de adquirir la posesión. Sin embargo, admite tres excepciones, concernientes al peculio, á la adquisición por los tutores y á las Corporaciones.

Una observación para terminar este extremo.

Hemos mencionado en la categoría de derecho necesario la adquisición posesoria realizada en nombre de una persona jurídica por su legítimo representante, porque siempre hemos profesado la opinión de que dicho caso no constituye sino una modalidad, un aspecto de la representación necesaria.

Reconocemos que no reviste, como la del padre y la del tutor, un carácter eminentemente social, é impuesto por el ministerio de la ley. Es cierto, asimismo, que en la generalidad de los casos, el voto acorde de las personas naturales que constituyan la entidad jurídica, persona moral, confiriendo la investidura de representante á un individuo determinado, delegarán en éste sus

atribuciones por virtud de un verdadero mandato. Admitimos, finalmente, que todo esto comunica al caso una tonalidad, un tanto discrepante de la propia y genuina de la representación necesaria; pero como quiera que la persona jurídica carece de corporalidad, no puede menos de manifestarse en la vida de relación, encarnando en una persona natural.

La posesión que adquiere la persona jurídica forzosamente ha de realizarse por su representante. De aquí que en este sentido hayamos considerado conveniente, antes que añadir un nuevo término á la división, para incluir este caso de naturaleza mixta, comprenderlo en el primer grupo y estimarlo como una variante de la adquisición posesoria mediante la representación necesaria de un tercero.

B) De la adquisición posesoria mediante la representación voluntaria de un tercero.—El mandatario: a) Caso en que exista mandato. b) Caso en que no exista.

Muy pocas palabras son necesarias para resolver cumplidamente los enunciados doctrinales que preceden.

La representación por medio de procurador la encontramos delineada con toda claridad en el Derecho romano. Sin más que hojear ligeramente el libro 41 del Digesto, se ofrece á nuestra consideración la ley 1.ª, § 20, tít. II del libro indicado. *Per procuratorem, tutorem, curatorem ve possessio nobis adquiritur:* la 41, título III, libro 41 del propio Cuerpo legal, y muy especialmente la 42, § 1.º, tít. II, libro 41, en la que dice Ulpiano: *Procurator, si quidem mandante domino rem, emerit, protinus illi acquirit possessionem; quodsi sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem.* Es á saber: si el procurador comprase alguna cosa por mandato de su señor, inmediatamente adquiere la posesión para éste; pero no si la comprare por su propia voluntad, á no ser que el señor ratificase la compra.

Prescindiendo de las palabras: entre el concepto desenvuelto por la ley romana, el reproducido por la legislación patria de Partidas y el contenido en el art. 439 que estamos comentando, existe comunidad de espíritu.

El mandato, hemos dicho en otro lugar de estos comentarios, rviendo de conducto por donde se transmite de una persona á tra determinada facultad, resuélvase esta en la ejecución de lgún hecho ó en la prestación de un servicio, corrige y salva en

derecho los obstáculos é imposibilidades que el tiempo y el espacio se encargan de interponer en las continuadas relaciones de la vida jurídica.

Teniendo en cuenta esta exacta observación, viénese desde luego en conocimiento de los requisitos que han de concurrir en la persona del poseedor, en la del tercer adquirente y de la relación que los enlaza en la consecución del fin propuesto.

Savigny, ocupándose de este interesante aspecto que ofrece el problema de la adquisición posesoria, fija desde luego su atención en los actos del representante, y determina y concreta su actividad, estableciendo que debe hacer tanto por lo menos como si quisiera adquirir para sí la posesión; es decir, que debe haber aprehensión unida al *animus possidendi*, particularizándose el *animus* por la circunstancia de que el representante ha de querer adquirir la posesión, no para sí mismo, sino para el representado.

La opinión de Savigny es exacta, y descartando lo tocante á la aprehensión y sustituyendo este concepto restrictivo por el más amplio de los modos de adquirir establecidos por nuestro Código, quedan como elementos aprovechables:

1.° El de la capacidad jurídica del mandatario.

2.° El de la intención referida á adquirir la posesión, no para sí, sino para el mandante.

La capacidad del mandatario ha de ser tan plena como si tratara de poseer por sí mismo. Esto es indiscutible. Si por el mandato se verifica una transmisión de facultades, mal podrá un tercero adquirir la posesión en nombre de otro si en su personalidad no concurren las mismas condiciones facultativas que en el transmitente.

En punto al *animus*, tampoco puede ofrecer duda la tesis sustentada.

Por la virtualidad de las mismas razones, es inconcuso que deben concurrir en el representado las mismas condiciones, referentes á la capacidad jurídica y al *animus*, que en el mandatario. Comentando el art. 431, y al tratar del ejercicio de la posesión del mandatario en nombre del mandante, hubimos de exponer que la característica de esta posesión consistía en que, á l inversa de la ejercida necesariamente en nombre de otra persona como, v. gr., la del padre por el hijo sometido á su potestad, l del tutor por el pupilo ó el demente, era requisito inexcusable e

de que las dos personas que intervienen, la determinante y la determinada, el mandante y el mandatario, disfrutasen de plena capacidad.

En lo concerniente á la relación entre el poseedor y el representante, podemos repetir con Savigny que esta relación consiste en el mandato. Su existencia implica necesariamente el conocimiento por el poseedor de los actos posesorios que ha de realizar su mandatario, en cuyo sentido es lícito sostener que el Código opina con Savigny que la adquisición posesoria no podrá verificarse ignorándolo el poseedor, *ignoranti possessio non adquiritur*. Y si alguna duda ó recelo pudiera despertar la anterior afirmación, el inciso del artículo que comentamos se encargará de disiparla, exponiendo que si la posesión la adquiere un tercero sin mandato, no se entenderá adquirida hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique. Concepto legal este último que puede también expresarse en los siguientes términos: Mientras la persona en cuyo nombre se hayan ejecutado por un tercero, sin mandato, actos encaminados á adquirir la posesión, no obtenga el conocimiento de dichos actos posesorios y los apruebe, no se considera adquirida la *possessio*.

La doctrina que se sienta en las anteriores líneas es inconcusa, porque sólo por la existencia de un mandato expreso se concibe la relación libre entre el poseedor y su representante.

La ausencia de mandato se suple por la *ratihabitio*, y con su pronunciamiento se soluciona el conflicto jurídico de una posesión adquirida por un tercero sin que el poseedor hubiera tenido intención de adquirirla.

ART. 440. La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue á adirse la herencia.

El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

Concordancias.—Igual al art. 445 del proyecto de Código 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Aun cuando no consideramos la ley que transcribimos á continuación como el *precedente concreto* del art. 440, creemos conveniente insertarla en este lugar, tanto por el espíritu que la inspira cuanto por la relación que guarda con la materia que vamos á tratar.

Ley 3.ª, tít. XXXIV, lib. XI, Novísima Recopilación (D. Juan I en Soria, año 1380, pet. 20). (Ley 3.ª, tít. XIII, lib. IV, R.)— Si alguno finare, y dexare hijos legítimos ó nietos ó dende ayuso, ó otros parientes propinquos que hayan derecho de heredar sus bienes por testamento ó *ab intestato;* mandamos que ninguno ni algunos sean osados de entrar ni tomar la posesion de los bienes que el tal defunto dexare por decir que hallan vaca la posesion dellos y que los herederos no la han tomado corporalmente; y si los tales bienes entraren y tomaren sin licencia y autoridad de Juez competente, mandamos que por el mismo hecho pierdan todo el derecho que en ellos tenian, y les pertenescía en qualquier manera; y si derecho en ellos no habían, que tornen y restituyan los bienes que ansi entraren y tomaren con otros tales y tan buenos si pudiesen ser habidos, ó la estimacion dellos por la osadía que así hicieron: y que las Justicias si esto acaeciere que luego informados de la verdad pongan en la posesion pacífica de los dichos bienes despues de la muerte del defunto, á los dichos sus herederos, procediendo en todo sumariamente sin figura de juicio; y hagan execucion de la pena sobredicha con costas y daños y menoscabos que sobre la dicha razon se recrescieren.

COMENTARIO.—La tantas veces aludida base oncena de la ley de 11 de Mayo de 1888 ordenó á la Comisión de Códigos estableciese los modos adquisitivos posesorios, peculiares á los bienes hereditarios, y en seguimiento del mandato, la Comisión redactó el art. 440 en los siguientes términos: «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que llegue á adirse la herencia.

»El que válidamente repudie una herencia se entiende que no la ha poseido en ningún momento.»

Los distinguidos redactores del Cuerpo legal que comentamos establecieron la regla, pero no se cuidaron, huyendo del casu-

mo, de presentar las soluciones á los diversos problemas que surgen no bien se inicia el desenvolvimiento del principio. Sin aspirar á definir dogmáticamente, expondremos nuestro criterio respecto de algunos extremos dudosos, ya que la función del comentarista se contiene dentro de estas tres líneas: aclarar, prever y complementar.

Solicita ante todo nuestra atención el distinto rumbo seguido por la moderna jurisprudencia en frente de las inflexibilidades rigoristas del Derecho Romano.

Una ley del Digesto, la 23, tít. II, libro 41, estableció que cuando por virtud de una institución hereditaria pasan á nosotros todos los derechos de la herencia, no adquirimos la posesión, sino la tomamos naturalmente. «*Quum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.*» En consonancia con la doctrina que se deriva de esta ley pudo decir Savigny que por la herencia la propiedad y no la posesión es la que se trasmite al heredero.

En nuestras leyes civiles ya derogadas no hemos encontrado precedente alguno concreto á la tesis desarrollada por el art. 440, porque la conocida ley 45 de Toro, que concedió al sucesor del mayorazgo la denominada por los intérpretes posesión civilísima no puede considerarse, á nuestro juicio, como la ascendencia legal en el orden del derecho legislado del artículo que estamos comentando.

Tenemos necesidad de recurrir á la jurisprudencia moderna y hojear los Códigos civiles extranjeros para encontrar preceptos análogos. Así, el Código portugués, en su art. 483, expone que por muerte del poseedor pasa su posesión, en virtud de la ley y con las mismas condiciones que si fuese efectiva, á sus herederos, contándose desde el momento en que aquél falleciose.

El Código italiano (art. 693) manifiesta que la posesión continúa de derecho en la persona del sucesor á título universal, concepto que tiene algunos puntos de contacto por su fondo, siquiera [illegible] a en la forma, con el desenvuelto por el art. 2.235 del Código [illegible]león.

[illegible]pone con notoria concisión la doctrina el Código de Guate[illegible] diciendo en el art. 534 que «bien se suceda á título uni[illegible]ó singular, la posesión del sucesor principia en él, á menos

que quiera añadir la de su antecesor; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios».

El art. 954 del Código mejicano declara que «la posesión es transmisible por herencia», y añade que «los herederos del poseedor continúan la posesión comenzada por él».

La misma tesis contenida en el art. 534 del Código guatemalteco hállase reproducida en el 717 del de la República chilena, y el 722 complementa el artículo citado anteriormente, estatuyendo: 1.°, que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el poseedor lo ignore, y 2.°, que el que válidamente repudie una herencia se entiende no haberla poseído jamás; cuyo precepto es exactamente igual al segundo párrafo del artículo que estamos comentando.

También consagran un lugar en sus Códigos civiles Colombia y la República Argentina, la primera en el art. 783 y la segunda en el 2.475, á proclamar, con la generalidad de las legislaciones americanas, el principio de que la posesión es transmisible por herencia, principio que después de todo no es sino un esquema de la tesis doctrinal en que se apoya toda la teoría de las sucesiones hereditarias.

***

Como habrá podido observarse, el punto de disensión entre los Códigos modernos estriba en si por la sucesión hereditaria se transmite la posesión del causante ó comienza en el heredero. El Código patrio se inclina á la primera banda. Por esto se vale del verbo transmitir, y expresando el concepto con concisión digna de elogio, dice: «La posesión de los bienes hereditarios *se entiende transmitida*.» O lo que es lo mismo: Por el imperio del precepto legal, y sin necesidad de acto alguno de ocupación, el heredero que ade, que acepta la herencia, continúa la posesión de los bienes que su causante le transmite. Armonizando con el artículo 440, el 442 declara que el que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban, aun cuando los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.

Íntimo enlace existe entre los dos artículos, y sin embarg su

simple lectura despierta en el ánimo la sospecha de contradicción. Si el heredero acepta la herencia pura y simplemente, arrostra la eventualidad anexa al estado en que los bienes se hallen. Si en la masa de bienes hereditarios el pasivo excede al activo, así como el causante hubiera respondido en vida de las obligaciones representativas de la diferencia entre uno y otro concepto, así habrá de responder el heredero en la misma proporción y en igual forma. La tesis es tan exacta que algunos Códigos extranjeros, v. gr., los de Guatemala y Chile, estatuyen que si el heredero quiere añadir á su posesión la de su antecesor, se la apropia con sus calidades y vicios. Nuestro Código, más que á la inexorable y rígida consecuencia del principio de que el heredero continúa la personalidad del causante, sucediéndole por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, mira á la intención del heredero y le coloca en ventajosísima posición, reconociéndole como poseedor, amparándole con las presunciones posesorias y relevándole de toda prueba respecto de su buena ó mala fe. Así es que el art. 442 distingue según el heredero tuviere ó no conocimiento de la posesión viciosa de su causante; en el primer caso, como la *mala fides* es incuestionable, le afectan los vicios de la posesión y queda responsable de sus consecuencias; en el segundo caso, no; pero los efectos de su buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.

Y al llegar á este punto de nuestra investigación se preguntarán nuestros lectores, como nosotros nos hemos interrogado en esos soliloquios de la duda, que son la vida del pensamiento:

¿Cómo una posesión viciosa en su origen, una posesión que de haber sobrevivido el testador hubiera tenido para consolidarse que pasar por el rigor de la prescripción trentenaria, puede purificarse en la piscina de la sucesión hereditaria por la buena fe del heredero?

¿Por qué se habla de posesión transmitida y no de posesión adquirida?

En nuestro sentir, esta latente disparidad de criterio que se descubre, si el discurso se encamina por la vía de un análisis riguroso, trueca en concordia si estudiamos el artículo, mirando el objetivo de ese eclecticismo que transpira por todas las páginas del Código. Si el heredero continúa la personalidad del

difunto, la posesión disfrutada por éste debe entenderse transmitida á aquél; ¿pero cómo hacerle responsable de las consecuencias de la posesión viciosa del causante, si desconociendo estos vicios, entra á poseer con la *convictio* de que los bienes transmitidos por la herencia le pertenecen? Y en la fluctuación que ambas conclusiones despertaron en el ánimo de los individuos de la Comisión de Códigos, se impuso el término ecléctico cual tercero en discordia, estableciendo que si bien los vicios de la posesión no alcanzan al heredero, tampoco le aprovechan los efectos de su buena fe, sino desde la fecha de la muerte del causante. La solución es muy armónica, muy ingeniosa, muy conciliadora, pero, como todas las soluciones eclécticas, no resuelve nada.

El mal, sin embargo, no radica en el arbitrio ideado por el legislador en seguimiento de la concordia y de la armonía de las deducciones, sino en uno de los principios armonizados.

Nosotros, que por temperamento rehuimos estas combinaciones incoloras, hubiéramos preferido que nuestro Código se hubiese decidido por adoptar el criterio de algunas legislaciones americanas; es á saber: por la adición de la herencia, el heredero adquiere la posesión de los bienes hereditarios. Si el heredero pretendiese aprovechar en su beneficio la posesión disfrutada por su causante, se entiende que continúa en dicha posesión con las calidades y vicios anexos á la misma.

***

Entremos ya en el examen concreto del artículo.

De dos partes perfectamente eslabonadas consta. En la primera se inserta la regla general de que por el hecho de adir la herencia se entiende transmitida al heredero, *sin interrupción*, y á contar de la muerte del causante, la posesión de los bienes hereditarios. En la segunda, argumentando á *sensu contrario*, se establece que el que válidamente repudia la herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

No se distingue por su exquisita redacción esta segunda p[arte] del artículo, que en manera alguna debió aludir á la heren[cia] masa conjunta de derechos y de deberes ú obligaciones, sino á [los]

bienes hereditarios; pero no obstante la flaqueza de que adolece, se adivina la intención del legislador, siquiera no sea más que por el íntimo enlace y trabazón que media entre los dos párrafos del artículo.

La génesis intelectual del precepto que comentamos se descubre sin esfuerzo alguno; salta á la vista, como comúnmente suele decirse. ¿No se transmite la propiedad de los bienes hereditarios por el hecho de aceptar la herencia el heredero? Pues siendo la posesión una exterioridad del dominio, es llano que asimismo se trasmite por la adición de la herencia. Más ahora bien: como las ritualidades formalistas del Derecho romano no han tenido aposento en el Código patrio, y la posesión, á tenor del art. 438, se adquiere por la sola influencia de la voluntad, y aun por el simple mandato de la ley, sin acto alguno de ocupación material, compréndese desde luego que la voluntad del heredero claramente reflejada por la adición de la herencia, sea bastante para considerar transmitida la posesión de los bienes hereditarios, *sin interrupción*, y á contar desde el momento de la muerte del causante. Hay, por lo tanto, un verdadero fenómeno jurídico de retroacción, en cuya virtud el hecho de adir la herencia resuelve, funde, por decirlo así, en una continuidad no interrumpida el lapso que media entre el óbito del antecesor y la aceptación del heredero. Por esto dice el Código con extremada corrección, según ya hemos hecho notar, y con ajuste severo á la teoría en que se inspira: «La posesión de los bienes hereditarios *se entiende transmitida*.»

Conocemos el proceso mental del artículo que comentamos en toda su amplia generalidad. Descendamos á los detalles, y particularicemos para comprenderlo mejor. Seguramente no habrá escapado á la perspicacia de muchos que nos leen la omisión, al parecer deliberada, que el art. 440 hace de los legatarios, es decir, de los que suceden á título singular ó particular. El Código, en dicho precepto, habla de bienes hereditarios, y entre éstos, dado el concepto genérico que la frase envuelve, muy bien pueden considerarse comprendidos los legados; pero á renseguido se menciona al heredero como sujeto de la posesión smitida, y se prescinde del legatario. ¿Implica este silencio, estro sentir deliberado, una restricción respecto de los su-s á título singular, del principio contenido en el artículo?

Opinamos afirmativamente. La palabra heredero tiene una significación suya, propia, genuina, de la cual no es lícito prescindir sin grave infracción de la tecnología jurídica. En buenas reglas de hermenéutica legal, heredero es el que sucede á una persona, por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones; heredero, dice el art. 660 del Codigo, es el que sucede á título universal, y legatario, el que sucede á título particular.

Al mencionar el artículo que comentamos al heredero y omitir al legatario, claramente da á entender que sólo rige con respecto al primero. ¿Existe algún motivo que justifique esta diferencia? Basta recordar nuestro criterio, relativo á que el principio de que la posesión es transmisible por herencia, no es sino un esquema de la tesis doctrinal en que se apoya toda la teoría de las sucesiones hereditarias, para comprender desde luego que, con efecto, existe una poderosa razón, tenida en cuenta por el legislador para circunscribir y limitar al provecho del heredero los efectos de la retroacción, determinada en el art. 440. El que sucede á título universal continúa la personalidad del difunto; el sucesor á título singular, no. El primero, por lo tanto, no puede tener una posesión diferente de la de su antecesor, puesto que le sucede y representa en todos sus derechos y obligacicnes. El legatario, á la inversa, no continúa la personalidad del testador, no le sucede en sus derechos y en sus deberes.

La posesión de la cosa legada comienza con la admisión del legado por el legatario. Como dice Fenet, el sucesor á título universal y á título singular se diferencian en que éste no deriva su derecho del título primitivo de su predecesor, sino del que él personalmente haya consentido. Así, pues, el legatario puede tener un género de posesión distinto del de su causante. Tales son los motivos que han determinado al Código á distinguir por vía de omisión, refiriendo el art. 440 al heredero y no al legatario. Estas razones justifican por otra parte la exactitud de la interpretación que hemos dado del artículo, única conciliable con la teoría que acepta y desarrolla.

La causa remota en cuya virtud la posesión de los bienes
reditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupci
no es otra que la sucesión hereditaria, bien traiga su origen
testamento, bien del imperativo legal en defecto de la volun

del testador. La causa próxima, la que trueca, por decirlo así, la inercia del reposo en inercia del movimiento, es la adición de la herencia.

Ahora bien: ¿cuándo se entiende adida una herencia? No es este lugar propicio para penetrar en un estudio minucioso de la cuestión. Habremos, por tanto, de limitarnos á exponer algunas ligeras consideraciones, distinguiendo los dos casos que pueden presentarse, ó sea cuándo se entiende adida una herencia testada y cuándo la ab-intestato.

Adición de la herencia es la admisión ó aceptación de la misma, hecha por el heredero testamentario ó legítimo, tácita ó expresamente.

Tienen capacidad para aceptar ó repudiar una herencia todos los que gozan de la libre disposición de sus bienes (art. 992).

La herencia puede ser aceptada pura y simplemente ó á beneficio de inventario.

La aceptación pura y simple puede ser expresa ó tácita.

La adición es expresa cuando el heredero en un documento público ó privado declara que acepta la sucesión.

La adición es tácita cuando, sin preceder esta declaracion, realiza el heredero actos que supongan necesariamente la voluntad de aceptar ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero.

No fija el Código de un modo taxativo el plazo dentro del cual haya de aceptarse la herencia. Sin embargo, si un tercer interesado en la aceptación, pasados ya los nueve dias que fija el artículo 1.004, instase en juicio contra el heredero para que acepte ó repudie, deberá el Juez (art. 1.005) señalarle un término que no pase de treinta días, para que haga su declaración, apercibido de que si no la hace se tendrá la herencia por aceptada.

Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda (art. 989).

Teniendo en cuenta estos antecedentes, creemos que debe reputarse adida una herencia, sea testada ó intestada:

° Cuando el heredero haya hecho aceptación expresa de ella s de que prescriba la acción para reclamarla.

Cuando haya practicado gestiones ó realizado actos por cuales se sobreentienda su voluntad de aceptar la herencia.

Hemos tenido ocasión de observar que, á tenor del art. 989, los efectos de la aceptación y repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.

***

Si por la sucesión hereditaria se adquiere, como dice el señor Falcón, la posesión al igual de los demás bienes y derechos que pertenecieron en vida al antecesor, justo y razonable es que los efectos de la adición sean los determinados en el transcrito artículo 989, y que, por consiguiente, la posesión de los bienes hereditarios se entienda transmitida sin interrupción y á contar desde el momento de la muerte del causante. Mas, ahora bien: entre el óbito del testador y la aceptación de la herencia puede mediar un lapso de tiempo más ó menos largo. Y en esa situación interina, ¿en qué concepto se poseerán los bienes hereditarios? Hay que presuponer un estado de hecho. Porque, ó los bienes se encuentran abandonados—caso este último improbable,—ó en poder de los testamentarios ó en poder de los mismos herederos. Es nuestro parecer el de que, en la hipótesis planteada, se nos ofrece, con todo su relieve, un caso típico de tenencia; dicho en otros términos, de posesión natural, toda vez que no habiéndose manifestado la voluntad del heredero en el sentido de adquirir, mediante la adición, la posesión lograda por el simple hecho de la tenencia de los bienes hereditarios, no puede calificarse de posesión *ad usucapionem*. Mas si la cuestión carece de importancia teórica, puede revestir, á nuestro entender, transcendencia práctica en el caso de que un tercero despojase ó tratare de molestar al que estuviere poseyendo materialmente los bienes de la herencia. ¿Procederían entonces los interdictos? En nuestro sentir, sí, y para demostrarlo basta la simple cita del art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil, á cuyo tenor la acción interdictal, así para retener como para recobrar la posesión, compete, no solamente al que se hallare poseyendo, sino también al que simplemente disfrute de la tenencia.

***

Por la sucesión no se transmite solamente al heredero la posesión ya ejercida por el causante sobre los bienes hereditarios, si

asimismo los derechos que el testador tuviere á poseer alguna cosa.

En nuestro sentir, la deducción es rigorosamente jurídica y la sanciona con su autoridad indiscutible un fallo del Tribunal Supremo, que aun cuando perteneciente al copiosísimo caudal de nuestra antigua jurisprudencia, nó por ello la doctrina que sustenta deja de ser menos digna de respeto y estimación. La sentencia de 22 de Diciembre de 1860 declara que aunque el testador no posea una cosa á su fallecimiento, transmite á sus herederos el derecho que á ella tenga en la porción correspondiente á cada uno.

***

El segundo párrafo del artículo que estamos estudiando es la antítesis ó contraposición del primero. Si en éste se declara que por la adición de la herencia se considera transmitida al heredero sin interrupción y á contar desde la muerte del causante, la posesión de los bienes hereditarios, en aquél se consigna que el heredero que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

La generalidad de los Códigos civiles extranjeros ha prescindido de formular este corolario del teorema general, acaso por estimarlo innecesario. Sin embargo, el Código chileno lo ha inserto en sus páginas, y de ellas lo ha trasladado punto menos que en su literalidad el Código patrio.

No basta el simple repudio de la herencia; es condición exigida por el artículo, que la repudiación se haga válidamente, ó lo que es lo mismo, con las solemnidades instrumentales determinadas por el Código; y cuando se trate de menores, incapacitados, mujeres casadas, y asociaciones, corporaciones y fundaciones, capaces de adquirir, por el conducto de sus legítimas representaciones y con la aquiescencia ó aprobación de las entidades jurídicas ó autoridades públicas, llamadas á sancionar un acto de tan transcendentales resultados como la repudiación de la he-

incipia el Código por proclamar el axioma de que la repu-
n de la herencia es un acto enteramente voluntario y libre.
seguida consagra la unidad de su continencia, estable-

ciendo que la repudiación no podrá hacerse en parte, á plazo ni condicionalmente.

Y expuestas estas dos bases que, en nuestro sentir, son las cardinales, porque sobre ellas gira todo el mecanismo de la materia, enuncia la tercera, que no es sino una derivación de la expresada en primer lugar, diciendo: «Pueden repudiar una herencia todos los que tengan la libre disposición de sus bienes.»

Pero no basta la expresión de la voluntad determinada en el sentido de repudiar los bienes hereditarios; es menester comunicarle fijeza, estabilidad, consignarla de un modo solemne, y para ello el Código (art. 1.008) establece que la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público ó auténtico, ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría ó del ab-intestato.

Si, como hemos visto, la repudiación de la herencia es un acto enteramente voluntario y libre, síguese que aquéllos que, ó por defecto en el desarrollo corporal coetáneo del intelectual, enfermedades mentales, limitaciones en la capacidad por razón de dependencia sancionada por la ley, etc., carecen de esa determinación enteramente voluntaria y libre, necesitan la mediación de sus representantes legítimos, á más de otras garantías que iremos examinando y exponiendo.

Para repudiar válidamente una herencia, la mujer casada necesita la licencia de su marido, y en su defecto, la aprobación de la Autoridad judicial (art. 995).

La repudiación válida de la herencia dejada á los menores ó dementes deberá hacerse por conducto del tutor y con la autorización del consejo de familia (art. 269, núm. 10).

Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir, podrán repudiar la herencia que á las mismas se dejare, previa la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público (art. 993).

Los establecimientos públicos oficiales no podrán repudiar ninguna herencia sin la aprobación del Gobierno (art. 994).

No podrán válidamente repudiar una herencia los herederos que hubieren sustraído ú ocultado algún efecto de la misma (artículo 1.002).

Sabemos ya los requisitos que son necesarios para repudiar con validez una herencia, y ciertamente ninguna otra aclarac

necesitaría el segundo párrafo del art. 440 si la lectura del 1.001 no nos hubiera sugerido un recelo, una duda que se relaciona estrechamente con la materia que estamos estudiando. Dice así el aludido artículo: «Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará á las personas á quienes corresponda, según las reglas establecidas en el Código.»

Por la aceptación de los acreedores, ¿se entenderá transmitida á éstos la posesión de los bienes hereditarios? En manera alguna.

1.° Porque la aceptación de los acreedores no es personal y por propio derecho sucesorio, sino en nombre del heredero que repudió la herencia.

2.° Porque no surte el efecto de las sucesiones á título universal, ó sea la continuación por el heredero de la personalidad del difunto, sino que se contrae á un fin económico privativo, cual es, el de resolver ó extinguir por el pago obtenido en dicha forma la obligación ó el crédito pendiente; por esto dice el Código: «La aceptación sólo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos.»

Y como quiera que la comprensión del artículo, después de lo expuesto, es sencillísima, damos por terminado el comentario.

ART. 441. En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga á ello. El que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.

Concordancias.—Igual al art. 446 del proyecto de Código 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXIX, ley 4.ª*—bles son llamadas todas las cosas que los omes pueden mouer

de vn lugar a otro. E todas las que se pueden ellas por si mouer naturalmente: e las que los omes pueden mouer de un lugar a otro, son assi como paños, o libros, o ciuera, o vino, o olio, e todas las otras cosas semejantes destas. E las que se mueuen por si naturalmente, son assi como los cauallos, e los mulos, e a las otras bestias, e ganados, e aues, e las otras cosas semejantes. E por ende dezimos, que toda cosa mueble, que non sea furtada, forçada, o robada, que se puede ganar por tiempo; tambien ella, como los otros frutos, e las rentas que della saliessen; mas si fuesse furtada, o forçada o robada, non se podria ganar por tiempo, nin ella, nin los frutos, nin las rentas que salieren della.

Novísima Recopilación, libro XI, tit. VIII, ley 1.ª — Si alguno tuvo ó poseyó alguna heredad, o otra cosa a empeños, o encomiendas, o arrendada, o alogada, o forzada, no se pueda defender por tiempo; que estos tales no son tenedores por si, mas por aquellos de quien la cosa tienen.

COMENTARIO. —En dos partes perfectamente distintas se divide el art. 441. La primera, destinada á sancionar el axioma jurídico fundamental en la doctrina posesoria de que en ningún caso puede adquirirse *violentamente* la posesión, mientras exista un poseedor que se oponga á ella.

La segunda, establecida con el propósito preconcebido de poner trabas á la justicia privada, relegando con exclusividad á la justicia oficial ejercida por Autoridad competente, la misión de restaurar, mediante el debido procedimiento, el derecho del poseedor, lesionado por la detentación de un tercero.

En la breve introducción que antecede al cap. II del título que estamos comentando, hubimos de anticipar la idea que ahora reproducimos, de que la disposición contenida en el art. 441 fuera totalmente baldía, si el legislador no hubiese tratado de solemnizar la prohibición de aquellas luchas privadas que la influencia germánica extendió y de la que en nuestro país encuéntrase un notable vestigio en las *Costumes* tortosinas. Cierto es que consignar sanciones prohibitivas á una práctica inexistente en la legislación castellana, adolece de oficiosidad, pero dadas las corrientes que reinan, el Código ha considerado prudente consagrar un precepto á enaltecer la justicia oficial, diputando por arbitraria y delictiva toda justicia por propia mano.

Tuvieron las luchas ó guerras privadas su apogeo en las tradiciones del Derecho germánico, y los Códigos que recibieron esta influencia dejáronla traslucir en sus páginas, reglamentando y por ende consintiendo este ejercicio individual de la justicia, para lograr por el propio esfuerzo la reparación del despojo.

Fué el Código tortosino uno de aquéllos, y por esto de dos clases fueron las garantías establecidas en favor del poseedor para recobrar las cosas de que hubiese sido desposeído violentamente; materiales las unas, jurídicas las otras. Consisten las primeras—dice D. Bienvenido Oliver (1)—en conceder al despojado la facultad de obtener la restitución por su propia autoridad y empleando la fuerza. Al efecto, el despojado tenía derecho para por sí solo ó con la ayuda de sus parientes y amigos, armados, recobrar la cosa, después de una lucha más ó menos larga. Y es de advertir que bajo la palabra armas se comprende en las *Costumes* todo objeto con el cual pueda causarse daño: *Armorum apellatio non solum scuta et gladios et galeros significat; sed fustes et lapides et omnem materiam quam quis alii nocere potest* (2). Sin embargo, esta reintegración por la fuerza solo podía realizarse *incontinenti*, es á saber, inmediatamente después del hecho del despojo; mas aunque pudiera creerse que con la limitación expresada se restringía este derecho que la intuición popular ha recogido en la frase proverbial de justicia catalana, quedará desvanecida esta ilusión, sabiendo que por *incontinenti* se entiende en las Costumbres tortosinas, cuando el despojado con violencia, abandonando todo su negocio, se ocupaba solamente en reunir gentes y armas para atacar al despojante, aun cuando en esta operación tardase más de un mes.

Estos vestigios de las tradiciones germánicas han tenido eco en el Derecho moderno, no diremos si venturosa ó desgraciadamente, porque cuando se contemplan los desafueros de la justicia oficial, más repetidos de lo que diera lugar á sospechar el error ó la ignorancia, vuélvense los ojos á esta justicia individual que un Código tan científico como el lusitano y un proyecto tan sabio, profundo y meditado como el proyecto de Código civil

---

1) *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, C. de ostumbres de Tortosa, tomo II.

Cost XII, Rub. De verb. signif., libro IX.

alemán, han tenido especial cuidado de recoger. Bastá, al efecto, recordar los derechos que el expresado proyecto concede al poseedor. Éstos son: 1.° No ser privado, á menos de disposición legal en casos particulares, de la tenencia de la cosa sin su consentimiento, ni perturbado en su posesión. 2.° Rechazar por la fuerza los actos ilícitos. 3.° Recobrar también por la fuerza la cosa mueble de la cual hubiese sido despojado por un acto ilícito. 4.° Reintegrarse en la posesión del fundo de que hubiese sido despojado, empleando la violencia contra las personas, siempre que la recuperación por la fuerza siga inmediatamente al acto ilícito de despojo ó de usurpación. Por la simple lectura de los preceptos transcritos podrán nuestros lectores observar cómo esta reglamentación pública de la justicia ejercida por sí mismo, que con verdadera fruición recoge el proyecto más reciente del Derecho germánico codificado, mantiene estrechas relaciones de parentesco con nuestro Código de las Costumbres de Tortosa. Pero acaso sean los dos únicos restos de lo que el tipo perfecto del jurista atildado calificaría de anarquismo de la justicia.

Apartándonos ya de esta breve digresión por la teoría de la justicia privada, ciñámonos al patrón que impone el trabajo del comentario.

En ningún caso, dice el art. 441, puede adquirirse violentamente la posesión mientras haya un poseedor que se oponga á ello. Por de contado que el precepto huelga en absoluto, salvo el anatema que deja traslucir de la justicia germana y tortosina.

Decir que por virtud de la violencia no puede adquirirse la posesión, equivale á sostener que los actos violentos no la afectan en modo alguno, y esto hállase consignado en el art. 444. Y añadir luego el inciso *mientras haya un poseedor que se oponga á ello*, no pasa de ser una declaración simplicísima y redundante, porque es llano que sólo puede existir la violencia en las personas si hay oposición por parte de éstas. Violencia y consentimiento son términos inconciliables, por cuanto si el poseedor consiente de buen grado, desaparece la ilicitud de los actos al imposibilitarse *de facto* el empleo de la fuerza.

Como la parte primera del art. 441 encuéntrase repetida e diversos lugares del Código, y aun dentro del mismo capítulo q analizamos, podemos desde luego señalar sus precedentes y co

cordancias con las legislaciones, si bien no sean éstas tan concretas ni muestren una analogía é intimidad tan evidenciadas como la que á simple vista ofrecen con otros preceptos de nuestro Código, enunciativos de la misma tesis posesoria, aunque en forma más categórica y científica; v. gr., el artículo 444.

Paulo, ley 1.ª, § 25, tít. III, lib. 41, Dig., dice: *Si fundum alienum bona fide possidentem qui sciens, esse alienum, expulerit, usucapere non potest quoniam vi possidet.* Venuleyo (ley 6.ª, título VIII, lib. 47, Dig.) *Quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini heredisve eius pervenit, usucapi lex vetat.*

Y las Instituciones justiniáneas en el § 2.º, tít. VI, lib. 2.º, repiten las misma doctrina: *Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem; vi possessarum lex Julia et Plautia.*»

Viniendo á nuestra legislación, encontramos dos leyes: la 4.ª, título XXIX, de la Part. 3.ª, y la 1.ª, tít. VIII, lib. 11 de la Novísima Recopilación, en cuyas dos leyes, según puede consultarse en los precedentes de este artículo, se consigna análogo principio al que hemos visto proclamado en la legislación romana. Y como es axioma indemostrable por su propia espontaneidad y sencillez el de la ineficacia de los actos violentos para adquirir la posesión como para alcanzar los efectos jurídicos inherentes á la misma, no es de extrañar que esta mancomunidad de las leyes de Roma y de nuestros Cuerpos legislativos ya derogados, se revele en los Códigos civiles modernos, todos los cuales mantienen con la misma intensidad la invalidez de los actos violentos, siquiera cada uno acomode la expresión del principio y la deducción de sus consecuencias al criterio en que se inspira, á la serie de ideas de que se nutre. El Derecho lusitano, v. gr., art. 486, expresa que el poseedor que sea perturbado ó despojado puede, bien amparar su posesión ó reintegrarse en la misma por su propia fuerza y autoridad, siempre que el acto reintegratorio violento sea consecutivo al de la agresión, bien acudir á los Tribunales para que éstos le protejan ó le restituyan en la posesión; añadiendo el siguiente art. 487, que si el poseedor fuese despojado violentamente, tendrá derecho á la restitución, siempre que la pida dentro del plazo de un año, no siendo oído en juicio el despojante, mientras que no efectúe la restitución; precepto este último que

también se encuentra en el Código tortosino, y que no es más sino la reproducción de la máxima del Derecho canónico: *Spoliatus ante omnia restituendus.*

El Código italiano declara que el despojado por actos violentos ó de una manera clandestina puede pedir contra el espoliador y en el término de un año la restitución de la cosa usurpada.

Y sin negar la virtualidad del principio de que la violencia no afecta á la posesión, pero restringiendo su rigor por la influencia del temperamento y de las exigencias de cada país, existen cuerpos legales como el de la República chilena, donde la desviación respecto de este extremo es tal que se aventura á sacrificar el dogmatismo saludable del axioma en aras de una protección adjetiva cual la de la legalización titular de la propiedad. Así se lee en el art. 719, que si alguien, pretendiendo ser dueño, se apodera violenta ó clandestinamente de un inmueble cuyo título no estuviese inscrito, el que tenía la posesión la pierde.

Conocidas las diferentes tendencias que dominan en las legislaciones extranjeras, todas ellas desarrolladas alrededor del mismo núcleo, pero revistiendo formas y modalidades diversas, podemos ya afirmar que el artículo que comentamos queda en puridad reducido al siguiente enunciado jurídico:

«Aquel que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.»

El enunciado es difuso, y su redacción propensa á interpretaciones dudosas. Ante todo, descúbrese en el legislador patrio la intención innegable de proscribir toda justicia privada, toda sanción por mano propia, toda reintegración del despojo por la violencia individual. Por esto emplea una frase de significación tan amplia como ésta: *El que se crea con acción ó derecho.* Pero al mismo tiempo, al lado de estas amplitudes incorrectas de concepto, se escriben palabras de sentido ambiguo. Háblase, no de posesión, sino de tenencia; menciónase á la Autoridad competente, dejando esfumada esta competencia en la sombra de la inseguridad.

No es, por tanto, extraño que con semejantes procederes acuda en tropel una serie de preguntas reveladoras de la duda que deja en el pensamiento la lectura del artículo.

En estas palabras, *el que se crea con derecho*, cuya laitud (

contenido toca en la vaguedad, ¿se comprende á todos los sujetos probables de una relación posesoria por cuanto aquéllas atañen á la intención y ésta no se somete á reglas inflexibles, ó tan sólo á los despojados con violencia, ya que la trabazón y familiaridad de los dos preceptos que el artículo contiene dan motivo á razonar así? ¿En qué concepto se emplea en el art. 441 la voz *tenencia*? ¿Qué autoridad es ésa, cuyo auxilio se considera suficiente para privar de la tenencia de una cosa al que la disfrute sin derecho? ¿Mediante qué procedimiento se realizará la restitución? Brevemente vamos á procurar desvanecer las dudas apuntadas. En nuestro sentir, las dos partes de que el artículo se compone se relacionan entre sí tan estrechamente, que la segunda es un corolario de la primera, y hay que resolverla hábida consideración á la doctrina que en esta última se expone.

En verdad, la frase *el que se crea con derecho,* adolece de ambigüedad, porque con derecho se cree el ejercitante del *jus vindicandi*, de igual manera que el que, habiendo sido despojado violentamente de la posesión, se acoge á la acción interdictal oportuna. Pero no obstante la elasticidad del concepto, nosotros creemos que con la transcrita frase, el legislador pretende significar que si el despojado de una cosa no consigue de buen grado que el tenedor se la restituya, debe abstenerse de privarle por la fuerza, de la tenencia, impetrando el auxilio de la autoridad competente.

Como en buenos principios de hermenéutica, débese interpretar el empleo de voces distintas como expresión en la ley de ideas ó conceptos también diversos, la voz *tenencia* usada por el artículo 441 del Código, induce á una presunción muy lógica, es á saber, la de que implicando dicha voz en el caso de que se trata el hecho material de la aprehensión, sin puntualizar la causa, y no pudiéndose adquirir por despojo sino la simple tenencia de la cosa y no la posesión jurídica, la ley, al hablar deliberadamente de tenencia, refiérese de un modo concreto á la desposesión por la fuerza. Y tan es así, que si aludiera á todo sujeto probable de una relación posesoria, incluso al que se creyera con dere-

á la *reivindicatio*, incidiría la ley en una verdadera duplica-
de principios y atraería manifiestas confusiones sobre una
trina de suyo clara y sencilla. Si suponemos que se trata del
rietario reivindicante, encontramos el art. 348, á tenor de cuyo

segundo párrafo, «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». Si imaginamos que el artículo objeto de nuestro análisis alude al poseedor simplemente, tenemos á seguida el 446, según el cual, «todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión; y si fuese inquietado en ella, deberá ser amparado ó *restituido* en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen».

En vista de estos antecedentes de la cuestión, ¿no es lógico suponer que el segundo párrafo del art. 441 se concreta y limita dentro de su misma generalidad á la proscripción de los actos individuales de fuerza enfrente y como represión de otros actos contra la posesión quieta y pacíficamente disfrutada, ó de la negativa del tenedor á entregar de buen grado la cosa detentada?

Tal es nuestro criterio, en el que nos ratificamos, porque el resultado á donde nos ha conducido la interpretación rigorosísima que del artículo hemos hecho es, á nuestro juicio, el único que puede armonizarse sin exceso ni defecto con los principios consignados en el art. 348 como en el 446.

Quédanos, para concluir el comentario, determinar cuál es esa Autoridad competente de que habla el artículo y exponer algunas ideas respecto del procedimiento.

Opina el Sr. Sánchez Román en sus *Estudios de Derecho civil,* que la razón de no referirse el artículo de un modo categórico á los Tribunales de justicia, competentes por regla general para la restitución, mediante proceso sumario de las cosas detentadas, obedece á que en ciertos casos que el Código consigna, y en otros de leyes que el mismo ha declarado subsistentes, tienen competencia otra clase de Autoridades, distintas de las del orden judicial. Tal sucede, v. gr., con algunos preceptos de la ley de Aguas, de la de Minas, etc.

Creemos exacto el dictamen del distinguido Catedrático, y sin ir más lejos, en los artículos 615 y 616 parece concederse á los Alcaldes facultades para restituir á sus dueños las cosas muebles perdidas, para venderlas en pública subasta si la cosa no pudiese conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan tablemente su valor, y aun para adjudicarlas al que las encoi si transcurriesen dos años después de la publicación del segu edicto ó anuncio y no se presentase el dueño.

Interpretando el artículo del modo que nosotros lo hacemos, es decir, dando al espíritu generalizador que le inspira su lugar propio, pero restringiéndolo por la tendencia de proscribir toda justicia por propia mano, compréndense, v. gr., las disposiciones de la ley de Aguas, que elegimos entre otras leyes de carácter administrativo. En dicha ley se deja á salvo la competencia de los Tribunales civiles, como lo demuestra de un modo irrefragable el art. 254, reservando al conocimiento de la jurisdicción civil las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas, al de las privadas y á su posesión. Pero al propio tiempo encontramos los jurados de riego, los cuales, como Autoridad competente, resuelven sin ulterior recurso las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados en él. ¿Y qué es sino una cuestión de hecho la referente, por ejemplo, á la usurpación de las aguas de un riego?

En este mismo caso, si el usurpado acudiera á la fuerza, faltaría abiertamente á las leyes, pero si recurriese al jurado de riego (Autoridad competente), y solicitase su auxilio, sería restituído en su disfrute, sin perjuicio de que los Tribunales civiles decidiesen en definitiva si la posesión legítima correspondía al usurpador ó al usurpado. Y tan exacto es lo que afirmamos, que la Real orden de 4 de Agosto de 1883 sanciona de un modo inconcuso las doctrinas que acabamos de exponer. Parécenos que con el ejemplo vivo que antecede, nuestros lectores se habrán penetrado de la inteligencia de esta ambigua frase «Autoridad competente».

Después de lo expuesto, innecesario es hacer constar la imposibilidad de someter á un procedimiento exclusivo la resolución de las cuestiones que se susciten.

En unas ocasiones procederá el interdicto de retener y recobrar, siquiera el empleo de las acciones interdictales hállase preconizado, no en el artículo que comentamos, sino en el 446. Otras veces serán pertinentes los consignados en leyes especiales; otras los expuestos sumariamente, y más bien por vía de refe- re as en el Código civil, con motivo de la devolución á su dueño de cosas perdidas.

almente, si los actos de despojo fueran constitutivos de delit se procederá, bien restituyendo las cosas á sus dueños, bien si rdase el sobreseimiento ó la causa se siguiese contra un

reo ausente ó declarado en rebeldía, ajustándose á lo dispuesto en los artículos 634, 635 y 844 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

ART. 442. El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.

Concordancias.—Igual al art. 447 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del artículo anterior.*

COMENTARIO. — El artículo presente es una ampliación de los 433 y 434; una aplicación de la doctrina general de éstos al caso especial de la sucesión hereditaria.

Se considera poseedor de buena fe, dice el art. 433, al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide, correspondiendo la prueba de la mala fe—según el artículo 434—al que afirme su existencia. El 442 establece que, para sufrir el heredero las consecuencias de una posesión viciosa, es menester demostrarle que tenía conocimiento de los vicios que afectaban á la posesión. La relación entre los varios artículos mencionados es, como vemos, manifiesta.

Confirma más la exactitud de esta analogía la consideración de la identidad de los requisitos ó circunstancias de este caso con el de los artículos 433 y 434. En uno y otro han de concurrir la existencia de vicios en el título y el desconocimiento de éstos por el poseedor.

Posesión viciosa, dice el artículo, esto es, posesión que adolezca de vicios, que no esté ajustada á lo que ordene la ley. El vicio afecta principalmente al título, al modo de adquirir, [illegible]

por ser la adquisición clandestina ó violenta, bien por ser contra derecho. Cabe dar aquí por reproducido lo manifestado acerca de este particular en el comentario de los artículos 433 y 434.

Firme el legislador en el principio de que la buena fe se presume, declara en el artículo que comentamos que el sucesor no sufrirá los efectos de la posesión viciosa del causante, *si no se demuestra* que tenía conocimiento de los vicios de aquélla. Es decir: quien afirme que el sucesor sabía la existencia de los vicios de la posesión, debe probar el conocimiento de éstos por el poseedor.

Esta regla, que no es otra sino el principio de que «á quien afirma un hecho le incumbe su prueba», dijimos en el comentario de los repetidos artículos 433 y 434 que en nuestro entender no tenía aplicación en el caso de que la posesión reconociera como origen un modo de adquirir vicioso, ya por ser contra la prohibición de la ley, ya por falta de ciertos requisitos. En este caso, manifestábamos que no era necesaria la prueba en atención á que la mala fe se demostraba *ipso facto* por la sola circunstancia de ser la adquisición contra ó fuera de la ley. Así—expresábamos—el que adquiere una cosa perteneciente á un menor sin la autorización del consejo de familia, el que la compra, desdeñando las prohibiciones del art. 1.459, no puede ser considerado poseedor de buena fe, porque sabía ya que no podía adquirir, que la adquisición era viciosa, por contraria de la ley, y por no ser lícito á nadie alegar ignorancia del derecho.

Ahora bien: ¿será aplicable lo expuesto al sucesor? Nuestra opinión se inclina á la afirmativa. Trátase en el caso presentado por nosotros de un vicio de derecho, y éste no debe ser desconocido por nadie. El sucesor no puede sostener que lo ignora, *primero*, porque no es posible alegar la ignorancia del derecho; *segundo*, porque al aceptar la herencia, desde el momento en que se convierte en sucesor, no hay más remedio que presumir que ha examinado los títulos de la posesión del causante. La aceptación de la herencia implica el previo examen de todo lo concerniente á ella. ¿Cómo le ha de ser lícito al sucesor alegar que creía, por ejemplo, que una finca poseída por su causahabiente lo estaba de buena fe, si la había adquirido de manera viciosa, contra ley? Esa alegación sería inadmisible, porque el sucesor, en el mero hecho de serlo, se presume que conoce los títulos de la posesión del causante, y, por lo tanto, los vicios de que adolecen. En

el supuesto de que hablamos, repetimos, la mala fe es inherente á la transmisión sucesoria, tanto más cuanto que el sucesor continúa la personalidad del causante. Esta es la regla general establecida en los artículos 657 y 661, como lo es también la del 440, según el que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida sin interrupción, desde la muerte del causante.

El artículo que comentamos, del mismo modo que el 434, se refiere á la buena fe que necesita prueba, á la buena ó mala fe de hecho, no á la de derecho, que se demuestra por sí sola, por el mero otorgamiento del acto ó contrato vicioso.

Atañe el precepto objeto de nuestro estudio al caso en que haya que justificar el *hecho* de si el sucesor sabía la mala fe de su causante por no conocer los vicios de la posesión.

Aclararemos estos conceptos valiéndonos de un ejemplo. El causante empezó á poseer una tierra sin título alguno, é inscribió la posesión. Pues bien: en este supuesto, cabrá probar que el sucesor considera que su causante adquirió la posesión de la tierra sin título de clase alguna. Otro ejemplo. El art. 205 prohibe al tutor entrar en el desempeño de sus funciones sin inscribir su nombramiento en el Registro de tutelas. Supongamos que se ha omitido el cumplimiento de este requisito; que el tutor, á pesar de ello, sin hacer constar, como es consiguiente, la omisión, vende una finca á una persona y que ésta fallece. El sucesor no sufrirá los efectos de la posesión viciosa de su causante, á no demostrársele por el que reclame que conocía la omisión. La distinción está bien marcada. Cuando la mala fe dependa de la apreciación de un hecho, cabe hablar de la prueba; cuando reconozca por origen una contravención expresa y manifiesta de la ley, no es necesaria justificación en sentido estricto, porque ésta va envuelta, encerrada dentro de la infracción legal.

Demostrado que el sucesor tenía conocimiento de los vicios de la posesión del causante, sufrirá las consecuencias de esto, es decir, todas las derivadas de la mala fe, porque se equipara al poseedor de esta cualidad.

Si no se prueba que el sucesor conocía los vicios de la posesión de su causante, se le reputará poseedor de buena fe, y le aprc charán todos los efectos de ésta desde la muerte de aquél. A tándose, pues, del principio general de la continuación de la sonalidad del causante por el sucesor y de la unidad de la

sesión de ambos, el art. 442 señala dos fases distintas, dos épocas diversas: primera, hasta el fallecimiento del causante; segunda, (posesión de buena fe) desde este momento en lo sucesivo.

En este segundo tiempo, la mala fe del causante no perjudica al sucesor, y por tanto, no le es imputable; pero tampoco puede aprovecharse de los efectos de la buena fe sino desde la fecha de la muerte del causante, es decir, cuando jurídicamente cabe conceptuar que la buena fe como estado de conciencia del derechohabiente puede existir; á partir de este instante se le deberá computar el tiempo para la prescripción adquisitiva.

Rigorosamente el artículo cuyo estudio hacemos se condensa en estas palabras: «El sucesor de buena fe no responde de la mala fe de su causante.» El legislador se inspira en el deseo de eximirle de las consecuencias de la mala fe de su antecesor, sin que en su decidido propósito sirva de obstáculo la consideración de que tal precepto constituye una excepción del universal principio contenido en el art. 661, es á saber: el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones.

El temperamento jurídico adoptado por el legislador patrio en el artículo que analizamos, difiere radicalmente de los precedentes romanos..

Quum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum ille vel precario possedit: quamvis enim precarium heredem ignorantem nom teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit quod defunctus non potuit (1)... Cuando el heredero sucede en todos los derechos del difunto, su ignorancia de los vicios de éste no le exime, v. gr., cuando sabe que era ajena alguna cosa ó que la poseía en precario, pues aunque el heredero lo ignorase y proceda contra él interdicto, sin embargo, no podría usucapir, puesto que el difunto no podía...

Vitia possesionum á maioribus contracta perdurant et successorem auctoris sui culpa comitatur (2). Esto es: los vicios de la posesión contraídos por los antecesores, duran, continúan, y la culpa del] ' nero sigue ó acompaña á los sucesores.

?n realidad, pudiéramos decir que no se trata de una deroga-

---

1 Dig., ley 11, tít. 3.°, lib. 44.
Cód., ley 11, tít. 32, lib. 7.°

ción de las antiguas leyes, sino de un precepto nuevo. El que sucede continúa en la posesión de su antecesor, y el art. 442 establece al parecer una nueva posesión. El sucesor no continúa en la del causante; todo lo contrario, comienza una completamente opuesta á la anterior. Ésta era viciosa, y la nueva no lo es.

Una cuestión última, originada por la lectura del artículo, conviene estudiar. Dice éste: «El que sucede por título hereditario», y preguntamos: ¿qué quieren decir estas palabras *título hereditario?* ¿Se refieren exclusivamente al heredero, se limitan á éste, ó comprenden también al legatario? ¿Se encuentran empleadas en el sentido genérico de sucesor, comprendiendo al universal y al singular, ó atañen específicamente al universal? Las palabras del artículo indican lo último. Dicen título hereditario, ó sea título de heredero, y, según el art. 660, llámase heredero el que sucede á título universal. El legatario no hereda, sucede á título singular, porque su derecho recae sólo sobre cosa particular. Además, el art. 440 habla también únicamente de heredero y de bienes hereditarios.

Si para esclarecer la cuestión acudimos en busca de disposiciones equivalentes á los Códigos extranjeros, encontramos preceptos variados y criterios diversos. Según el art. 531 del Código de Guatemala, ya se suceda á título universal ó singular, la posesión del sucesor principia en él, á menos que quiera añadir la de su antecesor, pero apropiándosela, en tal caso, con sus cualidades y vicios. Exactamente igual es el 717 del chileno. Conforme al art. 954 del Código mejicano, la posesión es transmisible por herencia, y los herederos del poseedor continúan la posesión comenzada por éste. «Por muerte del poseedor, pasa su posesión, dice el 483 del Código portugués, en virtud de la ley y con las mismas condiciones que si fuese efectiva, á sus herederos y sucesores, contándose desde el momento en que aquél falleciere.» El art. 683 del Código italiano declara que la posesión continúa de derecho en la persona del sucesor á título universal, y que el sucesor á título particular puede reunir á su posesión la de su antecesor, para consolidar sus efectos y disfrutar de ella. Los Códigos belga y francés, en su art. 2.235, establecen que «para completar la prescripción, se puede agregar á la propia posesión la del causahabiente por cualquier concepto, ya sea á título universal ó particular, oneroso ó lucrativo».

Como vemos, la diversidad de pareceres entre los diversos legisladores extranjeros no puede ser más ostensible.

Al paso que el Código de Méjico alude exclusivamente al heredero, los de Bélgica, Francia, Chile, Guatemala é Italia mencionan también al sucesor particular, y entre ambos criterios el Código portugués, expresándose genéricamente, adopta un temperamento armónico.

Pero es que la discordancia resalta aun entre aquellos Códigos que á simple vista parecía que su clasificación podía hacerse en un grupo.

Así, v. gr., los Códigos de Bélgica, Francia y Guatemala establecen igual precepto para el sucesor universal que para el singular, y el Código italiano distingue según se trate de uno ó de otro. El primero, es decir, el sucesor universal, continúa de derecho la posesión del causante; el segundo, ó sea el sucesor singular, tiene la facultad de poder reunir á su posesión la de su antecesor.

La doctrina de los Códigos es varia, según se desprende de lo expuesto.

Veamos las opiniones de los autores.

Bigot-Preameneu dice que el sucesor á título universal de la persona que poseía la cosa no ha adquirido un nuevo título de posesión, porque sucede á los derechos del difunto tales como éste los tenía. En oposición á esto, el sucesor á título universal y el que lo es á título particular se diferencian en que el derecho de este último no es consecuencia del título primitivo de su predecesor, sino uno nuevo, fundado en el acto por el que se hizo la entrega.

Laurent, con referencia al art. 2.235 del Código francés, dice que la doctrina del artículo constituye lo que pudiera denominarse unión ó reunión de las posesiones, esto es, que si un inmueble ha sido vendido sucesivamente á varias personas, el último adquirente puede prevalerse de la posesión de los compradores anteriores.

De manera—añade—que gozará de los beneficios de la pres-ción de treinta años, aun cuando él haya poseído sólo un año us antecesores han poseído veintinueve.

ostiene el insigne catedrático belga que en principio no hay distinguir entre el sucesor por título universal ó particular,

y lamenta que se haya criticado bajo este aspecto la redacción del art. 2.235, como si la ley quisiera decir que no hay diferencia entre los diversos sucesores.

Esto, según el ilustre Laurent, es hacer decir á la ley lo que no quiere expresar. En su opinión, la ley sólo se ocupa de las condiciones para que haya unión de posesión; asienta solamente el principio de que la hay para todo sucesor, pero entiende que en la aplicación del principio, cuando se trata de las condiciones conforme á las cuales se verifica la unión, débese distinguir entre el sucesor universal y el singular.

El sucesor por título universal—dice—continúa la posesión de su causante, en tanto que el sucesor por título singular anuncia una nueva. El sucesor universal sucede no solamente en los derechos de su causante, sino en las obligaciones; su situación es la del difunto.

Lo contrario sucede—añade—respecto del sucesor por título singular; éste no tiene la representación de su derechohabiente; no responde de sus obligaciones. No hay un lazo jurídico entre esta posesión y la de su anterior, sino el de que pueden unirse para completar la prescripción.

Dias Ferreira, en su *Código civil portugués anotado*, consigna estas palabras respecto del art. 483: «El heredero ó legatario representa el derecho del difunto, y es verdadero continuador de los derechos y obligaciones, independientemente de formalidad alguna. Luego á la muerte del causante—añade—se transmiten sus respectivos derechos y obligaciones, tanto á los herederos como á los legatarios, cuyo legado es puro (art. 1.826).

»El art. 2.011—continúa—declarando que el dominio y posesión de la herencia se transmite á los herederos, podría dar lugar á duda respecto de si se verifica ó no igual transmisión con relación á otros sucesores, como los legatarios, etc., si el art. 483 no ampliase á cualquier sucesor aquel principio general.

»La Comisión revisora—añade—estableció de un modo absoluto que á la muerte del causante pasa inmediatamente el dominio y la posesión á sus sucesores, ya lo sean en virtud de ley ó de testamento, herederos ó legatarios.»

La teoría de Bigot-Preameneu y Laurent es la sostenida por el Código italiano, que distingue entre el sucesor universal y el singular, afirmando que el primero continúa de derecho la

sesión del causante, y dejando á la voluntad del segundo aprovecharse de los efectos de la posesión anterior.

Dicha teoría es cierta, aunque la redacción del art. 2.235 del Código francés no autorice á distinguir como lo permite el italiano, porque responde á la diversa naturaleza de la sucesión universal y de la particular. En efecto: el sucesor universal continúa la posesión del causante por ser su personalidad la misma del difunto, y el particular comienza una nueva, por constituir también una distinta personalidad.

Sentado esto, ¿qué explicación tiene el art. 442 del Código español? Según nuestro dictamen, constituye una excepción de la regla general. Es ésta la de que el sucesor continúe la posesión del difunto, sea buena ó mala, justa ó viciosa. Pues bien: el artículo preceptúa que el sucesor de buena fe no continúa la posesión viciosa del causante. La regla general es que la posesión del causante y la del sucesor constituyen una misma y única: el art. 442 se aparta de ella, trunca en el caso especial comprendido en él, la posesión, y distingue, como hemos dicho, dos fases en la misma, y aún mejor, dos posesiones: la del causante y la del sucesor. De no establecer tal distinción de tiempos se confundirían las dos posesiones, y esto es precisamente lo que quiere evitar el precepto legal, la confusión de ambas con sus naturales consecuencias.

Según queda expuesto, el sucesor por título singular, entre ellos el legatario, no continúa la posesión de su antecesor, sino que inicia una nueva. De aquí que el artículo no habla de aquél, respecto del que no existe cuestión, y se refiere sólo al sucesor por título hereditario (comprendiendo indudablemente al que lo sea por testamento ó por ab-intestato, porque tan heredero es uno como otro).

El sucesor universal es un continuador de la personalidad del difunto, y por ende, la posesión de los bienes hereditarios es asimismo una prolongación de la del causante; luego para que no exista esta imperiosa solución de continuidad es menester un precepto expreso en sentido contrario. A esto responde, en nuestro entender, el artículo comentado, y tal es la explicación de su razón y fin, explicación deducida de los antecedentes legales extranjeros y de las opiniones de los autores consignados.

ART. 443. Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.

Concordancias.—Igual al art. 448 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—*Consideraciones de índole general.*—Al inaugurar el estudio de la doctrina que se inserta en el art. 443, es ocasión oportuna de recordar la ley 1.ª, § 2.º, tít. II, lib. 41 del Digesto, citada ya por vía de referencia en otro lugar de estos comentarios.

Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingat, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat; sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant. Esto es: el furioso y el pupilo, sin la autoridad del tutor no pueden principiar á poseer, porque carecen de la afección, aunque estén en la cosa, corporalmente; así como al que estando dormido alguien le pusiese una cosa en la mano; pero el pupilo puede empezar á poseer con la autoridad del tutor. Ofilio y Nerva, hijo, dicen, que el pupilo puede empezar á poseer sin la autoridad del tutor, pues la posesión es de hecho y no de derecho, cuya sentencia se puede aceptar si el pupilo fuese de edad que ya tuviere entendimiento.

En la transcrita ley del Digesto obsérvase bien manifiesta la lucha que sostuvieron en el Derecho de Roma las dos tendencias restrictiva y amplificativa, lucha que vino á resolverse por una conciliación racional y armónica.

Nuestro Código, rindiendo acatamiento al precedente rom[illegible] recoge en sus lineamentos generales el principio de que el [illegible]rioso y el pupilo pueden comenzar á poseer sin la autoridad [illegible] tutor, pero mostrándose más expansivo, desdeña las restricci[illegible]s

con que Paulo acogía la opinión de Nerva y Ofilio, y establece un precepto de carácter general. Por eso se distingue el Código español de los extranjeros. Éstos, salvo los de Austria y Portugal, no conceden al menor ó al incapacitado la adquisición de la posesión sino por sus representantes legales. El citado Código austriaco, plegándose estrictamente al criterio romano, otorga á los impúberes que hubiesen salido de la infancia, la facultad de adquirir, y en cuanto á los derechos nacidos de la posesión les exige sólo la asistencia de sus representantes. El Derecho civil lusitano, por conducto de su científico Código, manifiesta en su artículo 480 que los que tengan uso de razón y *aun los que carezcan de él* tienen facultad para adquirir por sí la posesión de las cosas que puedan ocuparse libremente. En cuanto á las cosas apropiadas, añade, «pueden, los que carezcan de uso de razón, llegar á poseerlas por medio de las personas que legalmente les representen.»

Examinemos ahora algunos de los Códigos civiles extranjeros más conocidos, para justificar nuestra afirmación.

El Código mejicano, art. 921, considera sólo capaces de poseer á los que lo son de adquirir, y declara que los incapacitados conforme á derecho, poseen por medio de sus legítimos representantes. Manifiesta el Código de Guatemala, art. 528, que toman posesión sin intervenir personalmente: 1.°, los hijos por medio de su padre ó madre; 2.°, los que están bajo tutores ó guardadores, por medio de éstos.

Los Códigos de Bélgica, Francia é Italia no contienen precepto especial respecto de este punto.

El ya mencionado Código austriaco, tolerante al igual del Derecho de Roma, con los impúberos salidos de la infancia, *si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*, hasta el punto de consentirles por su propia personalidad adquirir la posesión, muéstrase rígido con los privados del uso de la razón, declarándoles incapaces por sí, si no proceden en su lugar los tutores ó curadores.

En un molde análogo al precepto acabado de citar, ha sido fundido el art. 595 del Código holandés.

Según hemos manifestado, nuestro Código se aparta de los extranjeros y proclama la capacidad de los menores é incapacitados para adquirir la posesión.

Extrañará seguramente á muchos tan categórico principio,

porque quien dice menor ó incapacitado, dice falta de capacidad. Precisamente por esto hállanse aquéllos sometidos al poder tuitivo de una persona, sea ésta el padre, sea el tutor. Y si se considera que el incapaz ó el menor carece de la facultad necesaria para los actos jurídicos, ha de parecer atrevido que se le repute con capacidad suficiente para adquirir *por sí* la posesión.

Apuntadas estas conjeturas, que hallarán más adelante cumplida explicación, fijémonos en que, por la índole propia de nuestro estudio, vamos á elaborar sobre una teoría jurídica concentrada peor ó mejor en la somera enunciación de un artículo. De aquí que lo primero que debemos adquirir para que nuestro trabajo pueda resultar beneficioso, es un conocimiento exacto y acabado de la materia que va á ser objeto de nuestra elaboración.

Por anticipado podemos asegurar que el art. 443 es defectuoso en su estructura. El legislador español, ilusionado con la originalidad de la doctrina que iba á proclamar, con el principio constituyente que por obra de su albedrío iba á convertirse en ley, elevóse por la altura incomensurable de los principios, olvidándose del terreno experimental á que su cometido le llamaba. Resultado de esta incursión por espacio ajeno es el art. 443.

En dos partes, digámoslo así, podemos considerar dividido el artículo. La primera consagrada á establecer la regla general: «Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas.» La segunda destinada á consignar la excepción: «Pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.»

Dos categorías comprende la regla que dejamos transcrita; de un lado los menores de edad, y de otro los incapacitados. Si la parte primera del artículo no estuviera condicionada ó limitada por la segunda; si la capacidad que para adquirir la posesión otorga el artículo á los menores de edad, á pesar de su generalidad, no se restringiese con esa misma generalidad en lo tocante al ejercicio de la posesión, nada tendríamos que aducir pero los menores de edad pueden, sin haber alcanzado los veinti trés años, gozar de las mismas prerrogativas que los mayores salvo las limitaciones contenidas en el art. 317, que, como hemo visto en otro lugar de este libro, no se rozan en lo más mínim

con el ejercicio posesorio, y dada esta circunstancia, es deber nuestro advertir que los menores emancipados y los que hayan obtenido la habilitación de edad, no necesitan de la asistencia de representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.

La segunda categoría á que el apartado primero del art. 443 se refiere es la de los incapacitados. Bajo esta denominación genérica quedan comprendidos el loco, el demente, el pródigo y el penado con la interdicción civil. ¿Alcanza por igual á todos los enunciados la excepción á que alude el inciso del artículo?

Cuando desenvolvamos el actual comentario y relacionemos el precepto objeto de nuestro análisis con otros diversos del Código, podremos responder fundadamente con una negativa. Séanos ahora lícito anticipar estas ideas, y así aportaremos un argumento que demuestre la defectuosa estructura del art. 443.

Mas, ahora bien: la capacidad que á los menores é incapacitados confiere el repetido artículo, ¿á qué fin se ciñe? Privativamente al de adquirir la posesión de las cosas. Obsérvase la omisión, sin duda alguna intencional, del vocablo «derecho». En el rigor técnico del vocabulario jurídico, la distinción entre cosas y derechos es impertinente, y si el Código español incurre en dicha impertinencia débese al buen deseo de significar por el contraste de las palabras y para mayor luz en la expresión de los conceptos, la materialidad de las cosas y la inmaterialidad ó espiritualidad de los derechos. Dividiéndose las cosas en corporales é incorporales, oponer á las cosas los derechos es una manifiesta redundancia. Pero puesto que el legislador la comete conscientemente, no hay que prescindir de este dato para interpretar con acierto.

Si la palabra cosa denota en el título que venimos estudiando tanto como cosa corporal; si el Código constriñe el significado del expresado vocablo á la primera de sus dos especies, y hemos visto que esta interpretación es la más racional, la más lógica, fuerza es deducir que los menores é incapacitados sólo pueden adquirir por sí mismos la posesión de las cosas corporales, es r, de las que pueden aprehenderse físicamente, ser ocupadas, na palabra.

a pregunta que inmediatamente ocurre formular, toda vez escribimos en son de censura, es ésta: La consecuencia que

hemos obtenido, mediante la aplicación de las reglas de hermenéutica legal, ¿se deriva espontánea de la letra del art. 443? No, porque, como ya hemos manifestado, denotando la voz cosa un concepto genérico, comprensivo de las corporales é incorporales, no se inserta aclaración alguna que modifique el sentido jurídico y usual de dicha palabra. Y artículo que, cual si fuera un enigma, necesita clave para ser descifrado, bien puede tacharse, sin extremar el rigor, de defectuoso en su estructura.

Pero el manoseado art. 443 habla de posesión sin distinguir especies. ¿Quiere esto decir que un demente puede adquirir, v. gr., la posesión civil de un inmueble por un título traslativo de dominio? Creemos que no ha pasado semejante pensamiento por la mente del legislador. Opinar de otro modo implicaría una presunción desfavorabilísima para aquél. El derecho no reconoce á las determinaciones del loco eficacia en el orden legal. Los actos del demente emanan de voliciones que hay que reputar imperfectas, siquiera no sea más que por su irregularidad é inconstancia. Valdría tanto como destruir toda la teoría de la capacidad jurídica, otorgar valor é influencia á los actos de un demente cuando la resultancia que de ellos hubiese de generarse, supuesta la normalidad física del sujeto de derecho, arguyera un contenido moral, una inspiración libre de la razón, una dirección jurídica de la voluntad. El menor, el demente, el loco, como seres dotados de órganos adecuados para la aprehensión de las cosas corporales, tienen aptitud para ocuparlas, y en esta ocupación contempla siempre el Derecho una volición más ó menos perfecta, siquiera no la reconozca transcendencia alguna legal, fuera del hecho consumado de la ocupación. Por este objetivo hay que apreciar la noción posesoria de que el art. 443 trata, porque solamente así podremos, despojándola de su generalidad, reducirla y limitarla á su propio contenido.

Así considerado dicho artículo, guarda conexiones tan estrechas con su análogo del Código lusitano, que bien podemos aventurarnos á mantener que la idea que movió á ambos legisladores fué idéntica. Los jurisconsultos portugueses supieron expresarla con más sobriedad científica, y sobre todo, con ma[illegible] exactitud. «Los que carecen de uso de razón», en cuyo conce[illegible] quedan comprendidos los menores, por la imperfección de su [illegible] teligencia, los locos, dementes y demás enfermos del cerebro; p[illegible]

asimismo quedan eliminados los pródigos y los interdictos, que, aunque incapacitados en el orden legal, no lo están en el de la naturaleza. Los que carecen de uso de razón, repetimos con el legislador portugués, pueden adquirir la posesión, pero sólo de aquellas cosas aptas para ser ocupadas libremente.

Inspirándose en análogo criterio, dice Ihering que el niño adquiere por sí mismo la posesión de los juguetes que le regalen.

Dirigiendo nuestro pensamiento por iguales derroteros, hemos opinado nosotros que el niño ó el demente puede adquirir la posesión del ave que cace, de la leña que recoja en el monte comunal, del coral que extraiga del mar, de la concha que recoja en su ribera; porque el ave, como la leña, como el coral, como la concha, son objetos que la naturaleza brinda espontáneamente, y el acto del loco ó del niño ocupando la cosa, aprehendiéndola físicamente, es un acto natural, único al que el derecho puede reconocerle virtualidad jurídica sin desmembre de su substancia y sin contradicción de sus elementos.

Expresándonos con sujeción á una nomenclatura más correcta que la empleada por el art. 443, diremos que el menor y el demente pueden adquirir por sí mismos la tenencia de las cosas susceptibles de libre ocupación. Siempre afanosos de la mayor diafanidad en la expresión de las ideas, aclararemos con un ejemplo el concepto que acabamos de exponer.

Un demente, y entiéndase que nos referimos al que haya sido declarado tal por los Tribunales, encuentra y recoge una cartera con billetes del Banco de España ó una joya, v. gr., un anillo de oro guarnecido de brillantes.

Como quiera que ni los signos mercantiles representativos de valor ni las joyas industriales se producen espontáneamente por la naturaleza, tenemos que reconocer en este caso la ocupación de una cosa perdida. Intencionadamente hemos puesto el ejemplo que más dudas puede ofrecer. ¿Podremos reputar adquirida la tenencia de la joya por la mera ocupación? Condicionando la respuesta por el deber en que el inventor de toda cosa mueble está, de restituirla á su dueño si le fuere conocido ó de consignarla en poder de la autoridad pública, á tenor de lo que en el artículo 615 del Código se previene, contestamos á la pregunta negativamente.

Por el hecho de haber ocupado la cosa mueble adquiere el

menor ó el demente la tenencia de la misma, y si depositada por el tutor ó el representante legal de cualquiera de aquéllos en poder de la autoridad, transcurrieren dos años sin que fuese reclamada por su legítimo dueño, se le adjudicará al loco ó al menor. Es decir, que la adjudicación traerá su raíz del hecho originario de la ocupación, ó lo que es igual, la adjudicación, efecto principal en el caso que estudiamos, tendrá lugar, como derecho que es, nacido de la posesión, mediante la asistencia del representante legítimo del demente ó del menor no emancipado.

Se dirá: si el privado del uso de la razón solamente puede adquirir la posesión de las cosas susceptibles de libre ocupación, ¿es libre la de la cosa perdida? ¿El hallazgo no envuelve implícita para el inventor la certidumbre de que la cosa encontrada pertenece á un tercero, siquiera éste sea desconocido? No queremos convertir hacia nuestro favor la anormalidad cerebral del demente ni la falta de desarrollo mental del menor, porque sin necesidad de recurrir á tales argucias, la sana razón nos brinda el argumento más demostrativo.

La cosa perdida, desde que involuntariamente sale del poder de su legítimo poseedor, entra en una categoría *sui generis*, en la consideración—y permitásenos la frase, porque no encontramos otra más propia para la expresión gráfica de nuestra idea—de cosa *semi nullius*. Tiene de común con las cosas *nullius* la posibilidad de ser ocupada por el primero que la halle, sin traba ni restricción, á lo menos en lo que atañe al acto físico en cuya virtud se verifica la aprehensión. Es verdad que el inventor no hace suya la cosa perdida por el mero hecho de la ocupación, pero á más de determinar el comienzo de un término prescriptivo que en un plazo aún más breve que el de la prescripción adquisitiva ordinaria, genera un dominio pleno, adquiere desde luego el ocupante un derecho indiscutible de propiedad sobre una porción alícuota de la cosa objeto del hallazgo ó de su valor.

Pero restringiéndonos al particular pertinente á nuestra tesis, ¿qué elemento físico se descubre en la cosa perdida que pueda ser obstativo de los actos también físicos ó materiales que ocupación supone?

Ninguno. La cosa perdida se ofrece en el orden de la naturaleza como materia propicia para la ocupación, al igual de e

llas otras que la tierra ó los mares brindan espontáneamente. En el orden jurídico no, porque la serie de ideas en que se resuelve la afección interna del hombre para con las cosas determina una primacía con carácter de exclusividad, un *plus juris*, digámoslo así, cuya trascendencia sólo puede ser apreciada y desenvuelta en las relaciones jurídicas que traban y enlazan á los dotados de capacidad, en una palabra, á los que se hallan en el uso de su razón. Pero estas mismas derivaciones que por medio del análisis vamos descubriendo, nos enseñan luminosamente que la ocupación de la cosa perdida es tan libre desde el aspecto natural como la del coral de los mares, la de las conchas de sus riberas, la de las leñas de los montes comunales, etc.

Queda explicado el principio cardinal al que subordinamos la interpretación del art. 443; pero pudiera sombrear alguna duda, y aun tomar apariencia doctrinal. Así es que ya que estamos estudiando teóricamente la posesión que pueden por sí mismos adquirir los menores y los incapacitados, tratemos de atenuar dicha sombra, desvaneciéndola, si nos es posible, en la claridad.

Cierto es que en la tenencia que por la aprehensión obtiene el demente ó el menor predomina el elemento puramente físico.

Pero ¿acaso queda descartado el elemento espiritual? En modo alguno. Si el Derecho prescindiera de dicho elemento substancial, congénito á su manera de ser, el Derecho, para obrar con lógica, tendría que reconocer efectividad jurídica á los actos físicos, mediante los cuales los animales aprehenden, toman posesión, digámoslo así, de los elementos que la naturaleza les proporciona. La res que pasta en el prado ó la fiera que caza en la selva, no ejecuta desde el aspecto natural sino actos de ocupación. El niño y el loco proceden cuando ocupan libremente una cosa mueble, utilizando los medios de que la naturaleza les dotó, y mediante los cuales se ponen en contacto y relación con las cosas animadas ó inanimadas que caen bajo su imperio material. Pero el niño y el demente son sujetos de Derecho y les alcanza ese sistema de protecciones, ese armonismo de principios defensivos que llamamos ley. El más infeliz cretino que ocupa, v. gr., un fruto de la tierra y se lo asimila, no se diferencia apenas del animal que ejecuta un acto análogo. Aunque de este hecho podría inferirse en consecuencia que no es la racionalidad el elemento

moral que informa la adquisición de la posesión por los niños ó dementes, sino su cualidad de seres humanos, que los convierte en sujetos de Derecho, preferimos creer, como ya hemos manifestado en otra ocasión, que el Derecho, rigiéndose por la normalidad del mayor número y no por estos casos excepcionales de atrofia absoluta del entendimiento, contempla en los actos de ocupación del menor y del demente el resultado de una volición más ó menos perfecta.

Hechas las observaciones que preceden, patentizada la defectuosa estructura del art. 443, y delineados los principios con sujeción á los cuales debemos interpretarlo, desenvolvamos dicho artículo, estudiándolo en sus relaciones con otros preceptos del Código civil.

Desenvolvimiento del art. 443 y sus relaciones con otros preceptos del Código civil.— El precepto legal que examinamos obedece á la idea contenida en el art. 33, de que la minoridad, la demencia, la imbecilidad, la sordomudez y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica, siendo los que se hallan en alguno de los estados expuestos, susceptibles de derechos y de obligacienes. Como vemos, la incapacidad, cualquiera que sea su especie, no es una negación de la personalidad jurídica, sino una limitación, y si esto es así, el legislador aprovechándose de la disposición generalísima del art. 33, la aplica al caso especial de la posesión.

Prosiguiendo en el camino indicado por el art. 33, encontramos que, según el art. 160, el hijo no emancipado adquiere *la propiedad y el usufructo* de los bienes que obtenga con su trabajo ó industria. Aquí la capacidad del menor aparece ostensible; pero no hay que prescindir de que el art. 160 expresa un concepto cuya generalidad salta á la vista, y el artículo que comentamos constriñe la capacidad del menor no emancipado á la adquisición por sí propio de la posesión. El menor que recibe el precio de la obra de arte que ha ejecutado, ó del libro que ha escrito, ó del servicio que ha realizado, adquiere desde luego la posesión, porque tiene la posibilidad de obtener libremente la tenencia de la cosa en que consista el precio.

Pero si á ese mismo menor se le ofreciere en remuneraci agradecimiento de su trabajo ó industria aplicado en beneficio un tercero, como por ejemplo, la defensa de un litigio, una d

ción de cosa específica, subordinándola ó restringiéndola por ciertas condiciones, entonces ese menor no podría aceptar por sí propio la cosa donada, porque la sumisión de la voluntad en un determinado sentido convertiría la tenencia de libre en condicionada.

Esto no destruye nuestra teoría; á lo sumo confirma la variabilidad ingénita á la relación posesoria. Así, si, como acabamos de ver, un menor disfruta de capacidad para adquirir por sí propio el precio ó recompensa de una obra artística, industrial ó científica que ejecute, así, á nuestro juicio, un demente está privado de esta facultad, porque la determinación voluntaria del loco es indiscutiblemente menos perfecta que la del menor en plenitud de sanidad mental. De aquí el escollo con que en la materia posesoria se tropieza para dogmatizar, sentando principios generales que se desvanecen en estos altibajos y desigualdades de la capacidad natural de las personas.

Examinemos ahora la posesión de los incapacitados.

El concepto genérico de incapacitado comprende varias especies; dementes, sordo-mudos, pródigos é interdictos. La incapacidad de cada uno de los enumerados es muy varia. La de los locos y dementes es absoluta, toda vez que la capacidad de obrar reside en la razón; la de los sordo-mudos, pródigos é interdictos es relativa, ya esta relatividad provenga de impedimento físico (sordo mudo), ya obedezca á causas puramente convencionales, de las cuales, sin embargo, tampoco puede pasar la restricción de su personalidad.

Omitimos tratar de la posesión que puede adquirir por sí mismo el loco y el demente, porque en las páginas que preceden queda detalladamente expuesto nuestro criterio respecto del particular. Ocupémonos de aquella otra categoría de incapacitados cuya incapacidad es relativa.

Tocante al sordo-mudo, el art. 218 dice que la declaración judicial fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de su incapacidad. Referente al pródigo, declara asimismo el 221 que la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al pródigo; y en cuanto al interdicto, expresa el 229 que la tutela sobre él se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado.

De lo expuesto, con relación al caso del sordo-mudo y del pró-

digo, despréndese que se deberá atender á lo dispuesto en la resolución judicial. El sordo-mudo (salvo si la sordomudez fuese absoluta y no se hubieran suplido sus consecuencias con la educación), sólo ha de ser considerado incapaz para aquellos actos en los que, por virtud de su defecto físico, puede sufrir perjuicio, no respecto de los demás por los que, antes al contrario, puede experimentar un beneficio. Decimos lo mismo del pródigo. Su incapacidad obedece á razones de orden económico y social, y si bien por esta consideración se le priva de ejercitar los actos por los que pueda perjudicarse y dañar á su familia, no hay para qué reputarle incapaz con respecto á aquellos por los cuales no ha de sufrir detrimento en su patrimonio. La incapacidad del interdicto es también taxativa. Priva al penado de los derechos de patria potestad, tutela, participación en el consejo de familia, autoridad marital, administración de los bienes y disposición de los propios por actos intervivos.

La incapacidad del sordo-mudo, pródigo é interdicto es concreta, determinada; no es, por tanto, posible ampliarla, antes al contrario, convendría restringirla. Hay que comprenderla dentro de los límites de la resolución judicial, y ésta, á su vez, no ha de salir de la esfera trazada por la ley.

Por otra parte, el sordo-mudo, el interdicto y el pródigo gozan de inteligencia. Su capacidad intelectual, excepto en algún caso (el sordo-mudo), es completa; lo que sucede es que tienen restringida la jurídica por motivos de previsión ó de necesidad económica.

A) Determina el art. 438 que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad, y por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho. Veamos si son aplicables estas diferentes maneras de adquirir la posesión al menor y al incapacitado (sordo-mudo, pródigo é interdicto).

Ocupación material. No cabe duda que el menor puede adquirir la posesión por ocupación. Tal sucede respecto de aquellos bienes aptos para ser adquiridos por dicho medio; los anim susceptibles de ser ocupados por la caza ó la pesca, el tesoro oc y las cosas muebles perdidas ó abandonadas.

¿Y respecto de las cosas inmuebles? Si un menor ocupa

tierra yerma de desconocido dominio, la cultiva y se aprovecha de los frutos durante más de un año; si con relación á una finca urbana, ese menor entra sin violencia en la misma, vive en ella y ejecuta actos de verdadero dueño, ¿no habremos de estimar que la ocupación libre de la tierra yerma ó de la finca urbana constituye una adquisición posesoria realizada por el menor por su propia personalidad? Juzgamos afirmativamente. Y si apareciendo un tercero tratase de desposeerlo, entendemos que el menor, mediante la asistencia de sus representantes legítimos, podrá aprovechar para sí, alegándolos tempestivamente, los derechos nacidos á su favor de la tenencia ganada por sus actos personalísimos.

El condenado á la interdicción civil tropieza con el obstáculo que le ofrece el cumplimiento de su condena; pero si el penado la quebrantase, y en el disfrute de una libertad lograda por la violencia ocupase, v. gr., esa misma tierra yerma de desconocido dominio, de que antes hemos hablado, la roturase, sembrase y recogiese los frutos, permaneciendo en la tenencia más de un año, no sería temerario ni aventurado afirmar que el interdicto había adquirido la posesión.

B) Por el hecho de quedar los bienes sujetos á la acción de nuestra voluntad, es otra de las maneras de adquirir la posesión. Los bienes quedan sujetos á la acción de la voluntad de una persona desde que son suyos, desde que adquiere su dominio, aunque no los ocupe materialmente.

Ejemplos fehacientes nos ofrecen los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 del Código civil. Conforme al primero, el otorgamiento de la escritura de venta equivale á la entrega de la cosa objeto del contrato, si en la escritura no constare lo contrario. Respecto de los muebles la entrega se reputa efectuada, según el segundo, por la de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen almacenados, ó por el solo acuerdo de los contratantes si la cosa vendida no puede ser trasladada. En cuanto á los bienes incorporales, el tercero declara aplicable lo dispuesto en el 1.462, y no siendo esto posible, se entienden entregados por el hecho de poner en
:r del comprador los títulos, ó por el uso que haga de su de-
› el comprador con consentimiento del vendedor.
n todos estos casos, expresamente delineados por los artícu-
.462 al 1.464, el comprador, á pesar de no ocupar la cosa

materialmente, adquiere la posesión de la misma por el hecho de quedar ésta subordinada á la acción de su voluntad.

¿Podrán adquirir por este modo la posesión los menores é incapacitados?

La entrega de la cosa es uno de los efectos del contrato de compraventa. Por tanto, para apreciar jurídicamente la cuestión, es menester saber si disfrutan de capacidad para contratar.

En este punto hay disposición expresa, según la cual, no pueden prestar su consentimiento (requisito indispensable del contrato) los menores no emancipados, los locos y dementes, y los sordo-mudos que no sepan escribir.

Este artículo no menciona al pródigo y al interdicto; pero la restricción contenida en él les alcanza. La interdicción lleva consigo la privación de la libre disposición de los bienes por actos intervivos, y claro es que la compra está comprendida entre estos últimos.

Lo acabado de consignar respecto de la compraventa es extensivo á los demás contratos, porque donde hay igual razón debe haber igual derecho. La incapacidad existe siempre, cualquiera que sea el contrato.

Hay otros dos modos de poder adquirir la posesión, á saber: la donación y la sucesión. Tocante á la primera, declara el art. 625 que podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello, estableciendo á su vez el 626 que las personas que no pueden contratar, no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.

Parece, pues, que tanto los menores como los incapacitados pueden aceptar donación y adquirir, por consiguiente, la posesión de la cosa donada, salvo si la donación fuera onerosa ó condicional, caso en el que es necesaria la intervención de su respectivo representante legal.

Explícase, en nuestro sentir, la disposición amplia del artículo 626 porque se trata de un acto beneficioso al menor ó incapacitado, y sin ningún perjuicio para él. Adquieren una cosa, y no contraen obligación alguna; de aquí que no haya temor de que acepten por sí. No sucede esto cuando la donación es onerosa ó condicional; en el primer caso, la causa de la donación (prestación ó servicio) puede convenir ó no al menor ó incapacitado,

en el segundo, ser gravosa la condición. Aquí se impone, por tanto, la intervención del representante legal del menor ó del incapaz como medida de previsión y acierto.

Respecto de la sucesión, conocido es el precepto del párrafo 1.º del art. 992. Sólo pueden aceptar ó repudiar la herencia los que tienen la libre disposición de sus bienes, facultad de que carecen el menor y el incapacitado.

Además, el párrafo 2.º del citado artículo confirma la disposición del núm. 10 del art. 269, conforme al cual es menester la autorización del consejo de familia para aceptar la herencia sin beneficio de inventario.

C) La posesión se adquiere también, según el modo tercero y último del art. 438, por los actos propios y formalidades establecidos para adquirir tal derecho. Actos propios y formalidades legales para adquirir la posesión son, entre otros menos importantes, el interdicto de adquirir (título de sucesión) y la llamada posesión judicial para los casos en que no quepa el interdicto.

En ambos medios es menester acudir á la autoridad judicial, y parécenos que no pueden hacerlo por sí los menores ó incapacitados por virtud de la disposición del art. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, declarativa de que sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Es verdad que la «posesión judicial» no es un juicio; pero creemos que debe interpretarse la disposición procesal mencionada, en el sentido de comparecer ante la Autoridad judicial solicitando cualquier petición.

El caso del penado con la interdicción civil no ofrece duda. Su tutela, expone el art. 229, alcanza á la representación en juicio del penado. La incertidumbre si acaso, asalta con relación al sordo-mudo y al pródigo. La ley reguladora de las limitaciones de su capacidad es la resolución judicial que habrá de dictarse conforme á los artículos 218 y 221. Si en dicha resolución no se prohibe al sordo-mudo ó al pródigo la comparecencia en juicio, pensando con lógica, cabe afirmar que podrán comparecer. Así lo ndríamos nosotros si no existiera la disposicion expresa rt. 2.º de la ley procesal civil, ante la cual se estrella toda rpretación extensiva, porque ni el pródigo ni el sordo-mudo, arados tal, gozan de la plenitud de sus derechos civiles.

mos estudiado la primera parte del artículo, ó sea la rela-

tiva á declarar la facultad de los menores é incapacitados para adquirir por sí mismos la posesión; pasemos á la segunda, es decir, á la concerniente al uso de los derechos nacidos de la posesión.

La defectuosa estructura del artículo que comentamos, échase de ver en este inciso, comprensivo de la excepción á la regla general establecida.

Pero si alguna justificación cabe de la forma vaga y diluída que el legislador ha adoptado para consignar el principio objeto de nuestro análisis, seguramente en el expresado inciso habría de fundamentarse. Derecho inmediatamente derivado de la posesión es la percepción de los frutos de la cosa poseída; derecho que trae su raíz de la posesión es la facultad de exigir del nuevo poseedor ó propietario el resarcimiento de los gastos necesarios y de las mejoras útiles, ejercitando, en caso de negativa, el *jus retentionis;* derecho inherente á la permanencia y amparo de todo estado posesorio es el de reprimir la violencia del perturbador, acogiéndose á las acciones interdictales.

Sin embargo, para el ejercicio de estos derechos, los menores emancipados necesitan en unos casos de la asistencia de sus representantes legítimos, y en otros pueden proceder por sí mismos en el uso de un derecho indiscutible.

De aquí que el artículo, en el particular concreto que ahora estudiamos, resulta cierto é incierto á la vez, procediendo estas inconsecuencias, no del descuido del legislador que en la alternativa de incidir en casuismo ó de proceder por generalización, optó por esto último, sino en la extensión de la doctrina posesoria y en su variabilidad, á tenor de las relaciones jurídicas á que se adapte.

El menor emancipado goza de capacidad para regir su persona y sus bienes, como si fuera mayor, salvas las restricciones impuestas por el art. 317.

La percepción de los frutos ó rentas de la cosa poseída puede realizarla el menor emancipado sin la asistencia de su padre, madre ó tutor, por cuanto disfruta de la libre disposición de sus bienes muebles sin cortapisas ni limitaciones de ningún gén

La percepción del importe de las expensas necesarias y de útiles, así como la retirada de las mejoras voluptuarias, si padeciese detrimento ó perjuicio la cosa principal, también pr

llevarla á cabo por su propio derecho el menor independiente del yugo patrio, si mediando armonía y concordia entre él y el nuevo poseedor ó propietario, desisten de todo procedimiento legal y proceden extrajudicialmente á liquidar las aludidas mejoras ó á retirar los objetos y adornos de puro ornato y recreo, separables de la finca poseída sin menoscabo de la misma.

Mas ahora bien: ciertos derechos provenientes de la posesión, tales como el ejercicio de las acciones interdictales; la reclamación de los gastos necesarios y de las mejoras útiles; la retirada de las voluptuarias, etc., cuando el nuevo poseedor ó propietario se niegue á liquidar las expensas ó á entregar los objetos de ornato, suponen necesariamente la iniciación y desarrollo de procedimientos judiciales, ya los sumarios del interdicto, ya los más paulatinos y complicados de la ejecución de sentencia donde pueden suscitarse incidentes de materias no dilucidadas en el pleito ni decididas en la ejecutoria.

El menor emancipado necesita, para comparecer en juicio, mientras no alcance la mayoría de edad, de la asistencia de sus representantes legítimos (padre, madre, tutor). Y hé aquí cómo el principio consignado por vía de excepción en el art. 443, inexacto en unos casos, en lo que atañe á los menores emancipados por el consentimiento paterno ó por el matrimonio, es perfectamente exacto y aplicable en otras situaciones de derecho á esos mismos menores.

El Código emplea la palabra *asistencia*, acerca de cuya oportunidad expusimos algunas consideraciones en el comentario del art. 317. En nuestro entender, equivale á consentimiento, deduciéndose de aquí que el menor ó incapacitado es quien comparece en juicio, si bien con la asistencia de su representante legal. Trátase de un concepto afirmativo, no negativo. No le está prohibido comparecer; al contrario, le está permitido con el cumplimiento de una solemnidad.

Para concluir, manifestaremos que hay algunos casos en que el menor podrá ejercitar los derechos derivados de la posesión, ---ue goza de facultad para comparecer por sí. Tal sucede res- del casado mayor de diez y ocho años (art. 59, párrafo úl-), y el hijo que, con consentimiento de sus padres, viviese *endiente de éstos*, en cuanto se le reputa emancipado para to-s efectos relativos á los bienes que adquiera con su trabajo

ó industria, ó por cualquier título lucrativo. Respecto de los derechos y acciones posesorias derivados de dichos bienes, es indudable que podrá usarlos y ejercitarlos por sí.

ART. 444. Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, ó con violencia, no afectan á la posesión.

Concordancias.—Igual al art. 449 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXX, ley XIII.* Desamparando algun ome maliciosamente la cosa que tuuiese arrendada, ó alogada, porque otro alguno se apoderase della; tal engaño como este non le empece al señor de la cosa, nin pierde por ende la tenencia della; ante dezimos que todo quanto daño ó menoscabo le viniese por tal razon como esta, que seria tenudo de gelo emendar aquel a quien auia alogada, ó arrendada la cosa. Mas si el que tuuiese la cosa arrendada ó alogada meticsse á otro en tenencia della, con intencion que la perdiesse el señor, ó la echassen a el della por fuerça, en cualquier destos dos casos pierde el señor la tenencia que auia en la cosa, como quier que non pierde el señorio, e non la puede el despues entrar por si mismo, nin echar al otro della. Empero puedese querellar al judgador del lugar, de aquel á quien el arrendo la cosa ó la alogo si el apodero della á otro que le torne la cosa con todos los daños e los menoscabos que le vinieren por esta razon. El del forçador que la forço quel faga emienda por ende, segund mandan las leyes deste nuestro libro.

Libro XI, tit. VIII, ley 2.ª, Novísima Recopilación.—... Otro si mandamos que si alguna cosa fuere hurtada, ó alguno tuviere escondida, no pueda defender por tiempo, que no se responda á su dueño, quando quier que ge la demandare.

COMENTARIO.—No afectan á la posesión, y por lo tanto ni modifican ni la extinguen: 1.° Los actos meramente tolerad 2.° Los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del

seedor de una cosa. 3.° Los actos ejecutados con violencia. He ahí la doctrina del artículo.

Ni la mera tolerancia del poseedor de una cosa, ni la clandestinidad de los actos de un tercero contra la posesión, ni la violencia, alteran el estado posesorio, porque la atenuación de la voluntad en el primer caso, la ausencia de intención jurídica por parte del poseedor en el segundo, y la fuerza material que en el tercero ahoga toda libre inspiración, destruyen uno de los elementos substanciales de la relación dominical.

Como dice con mucha exactitud el competente civilista señor Falcón, «los actos mismos de posesión por el lapso del tiempo se convierten en un derecho firme y estable; pero esos actos para que causen estado han de ser públicos, y deben estar ejecutados en concepto de dueño, ejerciendo derechos dominicales. Por eso pasa por otro axioma en la materia, como dice nuestro Código, que los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del dueño, los actos perpetrados violentamente y los meramente tolerados no afectan á la posesión».

La mayor prueba que puede ofrecerse del carácter axiomático del principio contenido en el art. 444, es la unanimidad con que los Códigos extranjeros, valiéndose de conceptos más ó menos alambicados, de expresiones más ó menos propias y concretas, lo consignan.

El Código de Italia en su art. 688 expone que los actos puramente facultativos y la simple tolerancia no podrán servir de fundamento á la adquisición de la posesión legítima. Y en el artículo inmediato—689—manifiesta que igualmente los actos violentos ó clandestinos no podrán fundamentar la adquisición posesoria, siquiera pueda ésta principiar cuando cese la ocultación ó la violencia. El concepto es idéntico al de nuestro Código, si bien expuesto con más sobriedad y pureza científicas.

Aún se expresa con mayor corrección el Derecho lusitano en el inciso 1.° del art. 474. «Los actos potestativos ó de mera tolerancia—dice—no constituyen posesión», cuya doctrina está inspirada en la ley 41, tít. II, libro XLI del Digesto Romano: *iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur idere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat licet corpore undo sit*, esto es: el que por motivo de familiaridad penen el fundo del amigo, no parece que posee porque entró

sin el ánimo ó la intención de poseerlo, aun cuando esté en el fundo.

El Código de Sajonia, al igual del que rige en las provincias del Báltico, después de consignar que si la posesión está afecta de algún vicio esencial, no podrá oponerse por el detentador contra el verdadero propietario, injustamente despojado, añade que la posesión clandestina no es aplicable á la prescripción, y define aquélla diciendo que es la que se ejerce de tal manera que no puede tener noticia de ella el verdadero dueño de la cosa.

Entre los Códigos americanos debemos mencionar el de Guatemala, de cuyo art. 519 y argumentando á *sensu contrario*, se deduce que si para disfrutar de los derechos que van anexos á la posesión es requisito esencial el de que ésta no esté tachada de la nota de violencia ó clandestinidad, es porque la posesión clandestina y la violenta no producen efectos legales, y por consiguiente no afectan á la legítimamente disfrutada.

Este mismo Código de que nos estamos ocupando define la violencia y la clandestinidad en relación inmediata con el estado posesorio, y la doctrina que establece reviste tal importancia que no queremos omitir su expresión.

Posesión violenta—dice—es la que se adquiere por la fuerza, y esta fuerza puede ser actual ó inminente. Es también poseedor violento el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y volviendo éste, le repele.

La violencia existe, bien se ejercite contra el mismo dueño ó contra el que posee *alieno nomine*, bien el sujeto de los actos de violencia los ejecute por sí, ó por mediación de sus agentes, ó por otras personas, pero con su consentimiento, ó se ratifique expresa ó tácitamente después de ejecutados.

Al exponer el concepto de la posesión clandestina coincide con el Código de Sajonia, por cuanto la define diciendo que es aquella que se ejerce ocultándola á los que tienen derecho á ella.

Otros varios Códigos de las Repúblicas americanas, como, por ejemplo, los de Colombia (art. 683) y Urugüay (art. 1.158), concuerdan con los ya citados. Los de Chile y Méjico trasladan la mención del axioma jurídico que nos ocupa á la jurisdicción [illegible] pia de la materia prescriptiva, sobresaliendo el Código chile[illegible] el cual, á semejanza de nuestras leyes patrimoniales, se vale ejemplos para que las ideas resulten más luminosas y compr[illegible]

sibles. Así, para explicar los actos de mera tolerancia, dice: «el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales ó paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de tránsito ó pasto».

El estudio comparativo de las diversas legislaciones extranjeras, á más de contribuir al esclarecimiento de la materia, descubre el íntimo parentesco, la relación de estrecha familiaridad que media entre el artículo que es objeto de nuestro estudio y la doctrina de la prescripción adquisitiva, hasta tal punto, que algunos Códigos, como los ya citados de Méjico y Chile, optan por desenvolver el principio concerniente á la ineficacia legal de los actos de violencia, clandestinidad, y de los meramente tolerados en el título que consagran á exponer la teoría de la prescripción.

Dos ejemplos hemos puesto, tomándolos respectivamente de las Pandectas y del Código civil chileno, ejemplos que con la solidez de los casos concretos resuelven, á nuestro juicio, qué es lo que debe entenderse por acto de mera tolerancia. Tolerar vale ó significa tanto como sufrir, llevar con paciencia, disimular ó permitir algunas cosas que no son lícitas, sin castigo del culpable, pero sin dispensarlas expresamente. Tales son las significaciones que la autoridad de la Academia Española da en su Diccionario á la palabra tolerar; pero como dados los convencionalismos admitidos en el Derecho, toda tolerancia implica un consentimiento tácito, toda pasividad arguye una renuncia, el legislador, con el aditamento del adverbio *meramente*, ha querido, á nuestro modo de ver, significar un grado inferior de aquella tolerancia, que en el orden legal equivale á permisión consentida. Por estos motivos no abundamos en las mismas ideas que un distinguido escritor, el cual, al ocuparse del art. 444, considera superfluo, ó por lo menos no muy necesario, el empleo del adverbio «meramente».

Si un propietario de una casa de campo consiente que un amigo la ocupe temporalmente con su familia, sin pagar alquileres, no por esto el amigo podrá alegar derecho alguno posesorio sobre la casa campestre, porque el acto del propietario es de mera tolerancia.

Si el dueño de un fundo donde hay un abrevadero permite que las yuntas del vecino acudan á abrevar á su finca, no gana el dueño del ganado ningún derecho de servidumbre por el acto de mera tolerancia del propietario de la heredad.

Añádanse estos ejemplos á los ya mencionados del Digesto y del Código de la República chilena, y con ellos y las observaciones que dejamos expuestas puede el lector formar un concepto, relativo desde luego, porque la relatividad va anexa á todas las nociones que se cimentan sobre la apreciación libre individual, de lo que el Código quiere significar con la frase *actos meramente tolerados*.

Del artículo que comentamos se deduce que el Código ha establecido una verdadera gradación entre actos tolerados y actos meramente tolerados. Sintetizar esta diferencia en una regla invariable, discernir cualitativamente la mayor ó menor afección moral del poseedor hacia la cosa poseída, en unos y otros actos es labor ciertamente irreductible á las abstracciones del principio jurídico, y habrá de quedar, cuando se suscite contienda, á las resoluciones de los Tribunales de justicia, á tenor de las circunstancias que hayan concurrido en los hechos contenido del litigio.

La imposibilidad de estampar una afirmación categórica que, á la manera de término comparativo, resuelva con uniformidad cuándo un acto debe estimarse meramente tolerado y cuándo no, es un aserto inconcuso que no necesita demostración. Pero sin pretender depurar un problema, cuya variabilidad de resolución depende de los rasgos peculiares de cada caso, opinamos que muy bien pudiera graduarse la distinción que media entre el acto tolerado y el meramente tolerado por la existencia comprobada de relaciones previas entre el poseedor ó propietario y el ejecutor de los actos, de cuyas relaciones habrán de surgir la presunción de conformidad por parte del primero y la de conocimiento de los derechos de este último sobre la cosa poseída por parte del segundo. Acaso no hayamos enunciado con claridad nuestro pensamiento. Procuraremos esclarecerlo. Si A, v. gr., penetra en una tierra yerma y sin cercar, y considerándola abandonada ó sin dueño conocido, la rotura, labra y siembra, y B, propietario de dicha tierra, observa lo sucedido y permanece en una actitud pasiva, no ejercitando sus acciones ni dándose á conocer al detenedor como tal dueño, podremos afirmar que B, con plenitud conciencia, consiente los actos de A, y asimismo nos será lícisostener que si transcurre más de un año, A habrá ganado posesión del fundo X, porque la tolerancia pura y simple, di

moslo así, de *B* arguye abandono, implica consentimiento en la renuncia de sus derechos sobre la cosa poseída.

Ahora bien: en el ejemplo de que nos hemos valido, ¿existe tolerancia ó mera tolerancia? Seguramente nuestros lectores coincidirán con nuestro criterio.

Opinamos que media tolerancia, y como derivación de un razonamiento lógico, somos de parecer que la actitud pasiva del poseedor ó propietario generará, según acabamos de decir, para con respecto al detenedor, derechos que afectarán á la posesión.

Imaginemos otro ejemplo: *A*, propietario de un fundo próximo á una estación ferroviaria, á una fábrica, á un pinar destinado á la corta de maderas, tómese el caso que más agrade, tiene, por ejemplo, en el expresado fundo un terreno improductivo. *B*, dueño de la fábrica ó del pinar, hallándose en buenas relaciones de amistad con *A*, le ruega que las escorias de los hornos ó los pinos ya cortados se depositen en el terreno estéril, y *A*, defiriendo á las solicitaciones de *B*, accede de buen grado á lo pedido, por mera complacencia y sin formalizar arrendamiento ni exigir precio. He aquí un caso de mera tolerancia.

Si analizamos el supuesto sucedido que hemos diseñado, descubriremos de un lado la aquiescencia de *A*, no en manera alguna á que *B* haga suyo el terreno improductivo, sino á que se utilice de la comodidad ó del beneficio que pueda reportarle el hecho de formar cambras con las maderas ó de tener depositadas las escorias. Por mucho que se retuerzan los argumentos, es imposible asegurar que el hecho de deferir á los ruegos de *B*, suponga por parte de *A* un abandono de derechos. De otro lado, *B*, al convenir previamente con *A*, respecto al modo de utilizar el terreno improductivo en su provecho, reconoce implícitamente el dominio, ó por lo menos la posesión de *A* sobre el fundo. Si *B* sólo tiene facultad para un objeto determinado, si *B* procede contando con el beneplácito del propietario y por el consiguiente reconociendo su dominio, es incuestionable que los actos de *B* no pueden afectar á la posesión.

Volvemos á insistir en lo que ya hemos expuesto. No pretendemos reducir á una regla escueta y única todas las situaciones fácticas, en las cuales habrá necesidad de definir si los actos dictados son de tolerancia ó de mera tolerancia. El derecho se debe para la vida, y el casuísmo arguye variabilidad y movi-

miento, signos indefectibles de toda evolución biológica. Pero si no un carácter diferencial exclusivo, sí creemos que uno de los rasgos más salientes es, según ya hemos manifestado, la existencia comprobada de relaciones entre el poseedor y el sujeto de los actos tolerados, de cuyas relaciones se derive, tanto la presunción de conformidad respecto del poseedor, como la de conocimiento por el segundo de los derechos del primero sobre la cosa poseída.

Llegados á este lugar, digamos que los actos meramente tolerados pueden manifestarse externamente, bien por una actualidad continuada, bien por un ejercicio alternativo. Ejemplo de lo primero nos lo suministra el caso que hemos desarrollado, como típico de la mera tolerancia. De lo segundo, la hipótesis del que teniendo en su fundo un abrevadero, permite por deferencia con su colindante que las yuntas de éste entren en su predio á abrevar. Cuando los actos meramente tolerados se traducen por una tenencia persistente, entra en los límites de lo posible que un extraño perturbe, ó manifieste intención de perturbar, al que con la aquiescencia del propietario de la cosa la está ocupando por virtud de actos que, en razón á su cualidad de meramente tolerados, no afectan á la posesión. Y ocurrida esta contingencia, preséntase la cuestión ya tratada y resuelta por el competente civilista Sr. Sánchez Román en sus *Estudios de Derecho civil*, acerca de si el que ocupa ó detenta un bien inmueble por la mera tolerancia del propietario, puede por su propia personalidad y derecho acogerse al beneficio de las acciones interdictales, si la tenencia de que venía disfrutando fuese perturbada por un tercero ó éste manifestase intención de perturbarla.

El muy entendido autor antes citado opina afirmativamente, y para mayor autoridad de su dictamen, vamos á trasladar alguno de sus conceptos: «El ser los actos posesorios meramente tolerados y no afectar, por tanto, á la posesión de quien los tolere, no excluye la posibilidad legal y el derecho del que los ejerza para utilizar los interdictos de retener y recobrar la posesión contra terceras personas que puedan dar lugar á sospechas de perturbación ó despojo, puesto que siendo aquellos actos de posesión meramente tolerados, es claro que aquel á quien se toleran goza de la *tenencia* de la cosa, circunstancia bastante, según el art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento c

para promover dichos interdictos, aunque la sentencia de amparo ó de restitución de la posesión que recaiga en tales casos se entienda en favor del estado posesorio que tiene el poseedor, y no del poseedor precario y tolerado que los promovió.»

Por lo mismo que—salvo siempre los respetos que profesamos á todas las opiniones—no coincidimos con el parecer del señor Sánchez Román, no hemos querido omitir la expresión exacta de su muy razonada teoría. Cierto es que el art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil otorga el interdicto de retener y recobrar, tanto en provecho y amparo de la posesión propiamente dicha, como de la tenencia. ¿Pero es que nuestra ley de Enjuiciamiento engloba bajo el denominador común de tenencia, toda detentación, aun aquella que ni subsiste por sí misma, ni por la virtualidad de un contrato, al que va anexa, sino por la mera tolerancia de un propietario ó poseedor?

Acaso discurramos erróneamente y de ligero, pero opinamos en sentido contrario.

El art. 1.653 de la citada ley procesal dice así: «El Juez admitirá la demanda y acordará recibir la información, si aparece presentada aquélla antes de haber transcurrido un año, á contar desde el acto que la ocasione. Si se presentare después, declarará no haber lugar á su admisión, reservando al que la haya presentado la acción que pueda corresponderle para que la ejercite en el juicio que fuese procedente.»

Es suficiente la lectura del artículo transcrito para hacerse cargo de que la ley se refiere á la posesión ó á la tenencia que subsiste por sí misma, bien traiga su origen de los actos voluntarios é independientes, digámoslo así, del poseedor ó tenedor, bien de una relación contractual, cuya integridad jurídica se perfeccione por la tenencia de la cosa, como, v. gr., el usufructo, el arrendamiento, la prenda, etc. Compréndese que si así no fuese, los autores de la ley de Enjuiciamiento civil no hubieran reservado sus derechos al ejercitante del interdicto, remitiéndolo al juicio pertinente, en el caso de que hubiese ya transcurrido un año, á contar desde el hecho inicial de la perturbación ó despojo.

¿Qué reserva de acciones cabe hacer en beneficio del tenedor meramente tolerado? ¿Qué derecho disfruta sobre la cosa tenida? ¿Cuánto y en qué afectan á la posesión esas meras tolerancias del propietario ó poseedor? Luego si la detentación del sujeto to-

lerado no tiene vida legal por sí misma, es, á nuestro juicio, muy llano que el acto de despojo ó de perturbación ejecutado por un tercero contra la cosa, refluirá directa, inmediata y fatalmente en lesión de los derechos del poseedor, cuya posesión no padece detrimento por los actos de mera tolerancia, sino que continúa íntegra, perfecta y sin desmembre.

Se argumentará en contra que tampoco subsiste por sí propia la tenencia que el usufructuario tiene de la cosa usufructuada, el arrendatario de la arrendada, el acreedor pignoraticio de la prenda, sino en una situación subordinada y dependiente de la subsistencia del derecho real.

La réplica no puede ser más sencilla. La tenencia de la cosa arrendada, usufructuada ó concedida en prenda, no es un elemento subsidiario del derecho real de usufructo y prenda ó del contrato de arrendamiento: es un elemento tan integral al mismo cuanto que sin él, ni el usufructo ni el arrendamiento son posibles, ni la prenda presta garantía al acreedor. Así, pues, cuando un usufructuario se ve perturbado por un tercero en la quieta y pacífica posesión de la cosa que disfruta y se acoge á la acción interdictal, ejercita un derecho propio y subsistente por sí mismo, puesto que defiende uno de los factores integrales de su derecho.

A mayor abundamiento, una sentencia del Tribunal Supremo, la de 10 de Junio de 1885, expone en uno de sus considerandos, la doctrina de que al tenedor precario y de mera tolerancia no le es lícito proponer en nombre propio interdicto de despojo.

Resumiendo nuestro razonamiento, al que no damos mayor extensión porque creemos haber amalgamado los motivos puramente doctrinales con los positivos, somos de parecer que si el tenedor de una cosa por *mera tolerancia* es perturbado ó despojado por un tercero, deberá recurrir al legítimo propietario ó poseedor para que, si es su voluntad, ejercite el interdicto que procediere. Si el detentador por el hecho de la mera tolerancia ganase algún derecho sobre la cosa, uniríamos nuestro voto con el dictamen del Sr. Sánchez Román; pero tratándose de un factor cuya influencia en el orden de la relación posesoria es totalmente nula, nos apartamos de su teoría, solicitados por la fuerza de nuestro discurso, dirigido por distinto rumbo. Es más: nosotros creemos que si advertido el propietario del despojo sufrido

negase á defender su derecho, el sujeto tolerado cesaría *ipso facto* en la detentación que había venido disfrutando.

Resuelta la única cuestión dudosa que en el artículo se contiene, poco habremos de exponer con respecto á los actos clandestinos y violentos. Unos y otros, al igual de los meramente tolerados, no afectan á la posesión.

Ya hemos visto cómo algunos Códigos extranjeros definen la posesión clandestina diciendo que es la que se ejerce ocultándola á los que tienen derecho á ella. Actos clandestinos serán por tanto aquellos que se ejerzan sin conocimiento del poseedor y con el ánimo de perjudicarle en la posesión.

Con respecto á esta segunda categoría de actos, es de observar que el Código no se contenta con tacharlos con la nota de clandestinidad, sino que agrega un requisito de hecho, cualificativo al parecer de su condición jurídica.

Es este requisito el de que los actos clandestinos hayan sido ejecutados sin conocimiento del poseedor.

Como advierte muy oportunamente un distinguido escritor, si la tacha de clandestinidad procede de la omisión de la persona del poseedor legítimo en la relación posesoria viciosa, el Código comete un pleonasmo con el aditamento de la circunstancia de hecho exigida en el art. 444. Una de dos: ó la clandestinidad se acepta en el caso que estudiamos como término genérico, común de todos los actos verificados ocultamente, ó como expresión concreta de una relación posesoria viciosa, en la que intencionalmente se prescinde del legítimo poseedor. Si lo primero, desde luego se percibe el defecto, porque esas vaguedades de factura despegan cuando se trata de fijar principios categóricos. Si lo segundo, la redundancia es manifiesta porque no es posible concebir un acto clandestino para el poseedor legítimo, si ha sido ejecutado con su conocimiento. ¿Qué es, pues, lo que el Código ha querido expresar con esa duplicación de concepto tan marcada? Un escritor, á quien frecuentemente citamos por la estimación que nos merece su dictamen, cree que, como lo procedente en buenas reglas de hermenéutica es atribuir á cada una de las palabras de un precepto :al significación propia para que no resulten inútiles, parece que :xigido por el Código en este punto es la conjunción de las s circunstancias, esto es, que los actos sean ejecutados clandesamente y además no tenga conocimiento de ellos el poseedor.

Nosotros pensamos que el legislador ha pretendido esclarecer, no significando la frase *y sin conocimiento del poseedor* sino una ampliación, ó como si dijéramos, un desarrollo explicativo del concepto de la clandestinidad.

Acaso hubiérase evitado este defecto sustituyendo la partícula *y* con esta sencilla locución, *ó sea*, quedando el artículo redactado en estos términos: «Los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente, ó sea, sin conocimiento del poseedor de una cosa, ó con violencia, no afectan á la posesión.» Ello será distinto de como nosotros opinamos, pero para convencernos de lo contrario fuera preciso que se nos demostrase que el acto cometido á sabiendas del poseedor legítimo es clandestino. Podrá ser un acto ilegal, nulo; podrá adolecer de cualquier tacha, de todo, menos de clandestinidad.

Concluye el artículo estableciendo la tercera categoría de actos ineficaces contra la posesión; es á saber, la de los actos violentos. Llamaremos actos violentos los ejecutados por medio de la fuerza actual ó inminente, contra la voluntad del poseedor y en perjuicio de su posesión.

Nada hay más difícil que razonar lo que se comprende sin esfuerzo, y la idea que el Código expone con respecto á la indiferencia jurídica de los actos violentos es tan llana, tan sencilla, tan comprensible, que considerándola explicada por el mero hecho de su exposición, prescindimos de todo otro raciocinio demostrativo de sus fundamentos jurídicos. Pero si el principio, dado su carácter axiomático, no requiere prueba de ningún género, ¿podemos afirmar que el Código lo ha expuesto acertadamente?

Nos valdremos de un caso práctico, y lo derivaremos de los siguientes supuestos. Un poseedor actual de una cosa mueble: un tercero que se apodere de la cosa y la venda á un establecimiento público: un comprador que la adquiera de buena fe, ó lo que es lo mismo, ignorando el origen vicioso del bien mueble adquirido.

Ahora bien: como este tercer adquirente tenemos que reputarlo poseedor de buena fe, el acto de violencia ¿no afectará á la posesión? Si consideramos á la posesión bajo su fase natural es indiscutible que el que sustrajo la cosa mueble, el que ejecutó acto violento, privó al poseedor de la tenencia, y en tal sentido afectó su posesión. El principio jurídico no queda contradicho por la consecuencia que hemos obtenido; el texto legal, sí, lo c

evidencia la defectuosa contextura de este último. ¿Por qué no queda contradicho el principio de derecho? Porque lo que por éste se estatuye es que, á pesar de los actos de violencia, no se interrumpe para el poseedor el tiempo de la prescripción, ni se ve privado de la dispensa del *onus probandi*, ni pierde el privilegio de *in pari causa, melior est conditio possidendi*. Además, en la hipótesis que hemos sentado, la adquisición en venta pública de la cosa sustraída por un tercero de buena fe, no convalida el vicio de violencia, y la mayor prueba de este aserto estriba en que el primer poseedor puede recuperar la cosa de la que fué despojado, siempre que abone el precio de aquélla, en equitativa sanción de la buena fe del tercer adquirente, y como resultancia de la sustracción que, cual hecho consumado, hay que sufrir.

Derecho vigente.—*Civil.*—1.° Los actos meramente tolerados por el dueño ó poseedor de una cosa no producen el efecto de alterar el estado posesorio. El que los ejecuta no adquiere por ello ningún derecho sobre la cosa poseída.

2.° Llámanse actos clandestinos los realizados sin conocimiento del poseedor y con ánimo de perjudicarle en la posesión.

3.° Los actos ejecutados clandestinamente tampoco producen el efecto de privar de la posesión jurídica al que se halla en el goce de la misma.

4.° Llámanse actos violentos los ejecutados por medio de la fuerza, actual ó inminente, contra la voluntad del poseedor y en perjuicio de su posesión.

5.° Los actos ejecutados con violencia no confieren posesión ni lesionan los derechos anexos á todo estado posesorio legítimamente disfrutado.

ART. 445. La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión.

Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, [illegible] preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones [illegible]en las mismas, el que presente título; y si todas

estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa mientras se decide sobre su posesión ó propiedad por los trámites correspondientes.

Concordancias.—Análogo al art. 450 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—De dos partes consta el art. 445. En la primera se sienta un postulado indiscutible. En la segunda se establecen las reglas con sujeción á las cuales habrán de decidirse las contiendas que se ventilen sobre el hecho de la posesión.

Que la posesión como hecho no puede reconocerse á la vez en dos personalidades distintas, es un axioma cuya evidencia descarta la necesidad de la demostración; es más que un axioma, la enunciación jurídica de una ley natural.

Recordemos la ley 3.ª, § 5.°, tít. 2.°, libro 41 del Digesto, y veremos que Paulo nos dice: *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra natura quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque in tenere videaris.*

Acaso la misma sencillez de la regla ha determinado á la mayoría de los legisladores á no mencionarla en los Códigos. Sin embargo, citaremos el art. 634 del de las provincias del Báltico, según el cual una misma cosa no puede ser poseída por varias personas á la vez, y el 2.401 del Código de la República Argentina, á cuyo tenor no pueden concurrir sobre la misma cosa dos posesiones iguales y de la misma naturaleza.

El Código patrio exceptúa los casos de indivisión. ¿Pero quiere esto significar que en los aludidos casos dos ó más personas, tantas como sean los comuneros, ejercen al propio tiempo la posesión de hecho en todas y cada una de las partes de la cosa poseída? En manera alguna. Autorizar una interpretación semejante equivaldría á convertir el absurdo en ley. Los comune participan por una cuota ideal, intangible y aplicable, en tanto división no se realice, á la integridad de la cosa. Ahora bie como la suma de estas cuotas representa la propiedad indivi

es llano que así como sólo hay una propiedad, así también sólo hay una posesión. Lo que el art. 445 consagra, sin ninguna necesidad apremiante, es la imposibilidad física y legal de que coexistan dos tenencias sobre una misma cosa y ejercida por dos personalidades distintas.

El artículo en su parte primera no requiere más análisis; pero antes de pasar á otro extremo mencionaremos la oportuna observación de un distinguido escritor ya citado en nuestros comentarios, relativa á la deficiencia del artículo, toda vez que contrayéndose á la incompatibilidad de dos posesiones de hecho á un mismo tiempo y sobre una misma cosa, omite referirse á la imposible coexistencia de dos posesiones de derecho cuando su naturaleza sea idéntica, é igual la calidad del título.

***

Mucha más importancia reviste, á nuestro modo de ver, el párrafo segundo del artículo objeto del presente comentario.

No titubeamos en afirmar que sin el auxilio de los estudios de legislación comparada que venimos realizando, nos hubiera sido imposible descifrar la maraña legal que en el art. 445 se contiene.

Precepto en el que se unen con vínculo de vecindad, y para mayor obscurecimiento, un principio axiomático congruente con los diversos estados en que la posesión se nos ofrece, y un conjunto ó serie de reglas sólo aplicables en el estado embrionario, digámoslo así, de la posesión.

***

Reemplazando al antiguo *fructum licitatio*, introdújose desde el siglo XIII en Francia, España, Alemania é Italia, un juicio provisorio que recibió el nombre de *recredentia* en la primera de dichas Naciones, de *initio* en la segunda, de *Summariissimum* en la tercera y de *manutentio* en la última.

Concedíase la posesión provisoria después de un conocimiento sumario de la causa y sin perjuicio de la decisión definitiva que obtuviese por el posesorio ó por el petitorio. El procedimiento, dice Savigny, había llegado á ser muy largo y complicado. Un

pleito sobre la posesión, cuyos trámites habrían exigido muy pocos días en la misma Roma, podía durar largos años.

Atendiendo á esto, las partes no creían injusto apoderarse con violencia de lo que esperaban recibir después, en virtud de sentencia judicial.

Con el fin de evitar que los justiciables se hicieran justicia por propia mano, se introdujo el *Summariissimum*, que, como dice Savigny, era un interdicto *uti possidetis* provisional.

No creemos nosotros que el legislador patrio haya tenido en cuenta el *Summariissimum* de la Edad Media para implantar las reglas que se contienen en el art. 445, pero tratándose en éste de una anticipación del interdicto que deja libre para ser resuelta en el petitorio ó en el posesorio la contienda sobre la propiedad ó la posesión, hemos creído oportuno recordar ligeramente un procedimiento que, por razón de su naturaleza, y acaso por el fin que se propuso, mantiene afinidades notorias con ese otro sumarísimo del Código civil, en el cual, bajo el enunciado de cuestiones de hecho, se solucionan provisoriamente verdaderas querellas, en contemplación á motivos jurídicos por excelencia.

En nuestro sentir, el Código español ha tomado como precedentes los artículos 488 del Código lusitano y 957 y 958 del de la República de Méjico.

Conviene trasladar literalmente el precepto del Derecho civil portugués, del cual es un fiel trasunto el del Código mejicano, para reconstituir el proceso mental seguido por los autores de nuestro Código en la elaboración del artículo de que se trata.

Dice el art. 488 del Código de Portugal: «Si la posesión fuese de menos de un año, nadie podrá ser mantenido en ella ó restituído judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor.

§ único. Se entiende mejor, la posesión abonada por título legítimo; á falta de título ó en presencia de títulos iguales, es mejor la posesión más antigua; si las posesiones fueren iguales, será preferida la actual; si ambas posesiones fueren dudosas, se constituirá la cosa en depósito, mientras no se decida á quién pertenece» (1).

---

(1) Art. 488. Código portugués: «Se á posse é de menos un anno, ninguem pode ser mantido ou restituido judicialme senão contra aquelles que não tenham melhor posse.

Días Ferreira, interpretando este artículo, dice que la acción posesoria no compete sólo á quien tiene la posesión por más de un año, sino también á quien posee por menos tiempo, puesto que constituye presunción de propiedad.

La trabazón de los dos párrafos del artículo transcrito del Código portugués es tal, que fuera imposible su práctica si se les considerara aislados. El Código portugués localiza la aplicación de las reglas que establece en el art. 488 á un solo caso, es á saber: el de la posesión por menos tiempo de un año. Llevando hasta sus últimas consecuencias, como expresa Días Ferreira, la presunción de propiedad, protege asimismo ese estado inicial de la posesión y sienta la regla de que el amparo que la ley presta al poseedor por menos tiempo de un año, impidiendo el despojo ó restituyéndole en el caso de haber sido ya despojado, sólo tiene lugar cuando enfrente del reclamante no se ostenta un mejor derecho. Por esto dice: «Si la posesión fuere de menos de un año, nadie podrá ser *mantenido ó restituido* judicialmente, sino contra aquéllos cuya posesión *no sea mejor*.»

Dado el encadenamiento rigorosamente científico del notable Código de Portugal, el precepto de su art. 488 es de una lógica abrumadora, porque si el poseedor que sea perturbado ó despojado puede amparar su posesión ó restituirse por su propia fuerza, es llano que no todo amparo ó recuperación violenta es antijuridica, y de aquí que el Código sólo pueda extender su poder reintegratorio cuando, en frente de la acción posesoria ejecutada por el reclamante, no se alza un mejor derecho á la posesión.

Desconocemos si estas consideraciones las ha tenido en cuenta nuestro legislador. Ni lo afirmamos ni lo negamos, porque ante su previsión, un tanto intercadente, sería aventurado votar en pro ó en contra; pero sin jactarnos de adivinos, y sólo con el análisis de los antecedentes que nos ha suministrado el estudio comparativo de la legislación portuguesa, podemos sostener con

---

nico. E melhor á posse que se abona com título legí-, na falta de titulo ou na presença de títulos iguaes, é melhor e á mais antiga; se as posses forem iguaes prefere á actual; se as posses forem duvidosas sera á cousa posta em deposito, ...nto se não decidir á quem pertence.»

muchos visos de verdad que la elaboración mental del art. 445 que estamos comentando ha sido la siguiente:

Razonan los legisladores: «Si la posesión se pierde, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, cuando la nueva posesión dura más de un año, es indiscutible que por el transcurso de año y día se adquiere la posesión. Mas ahora bien: antes de rebasar el límite legal del año, el tenedor de la cosa no disfruta de una posesión sancionada por el derecho; así, pues, su posesión es meramente de hecho.

Sinteticemos, y en lugar de repetir con el art. 488 del Código lusitano, estas palabras: *Si la posesión fuere de menos de un año*, hablemos desde luego, con más sobriedad, de posesión de hecho. Pero es que el Código portugués condiciona la protección á los poseedores cuya *possessio* fuere de menos de un año, por la inexistencia de una posesión mejor. Luego si la posesión ha de ser inferior, también es de hecho. La querella posesoria versa, por tanto, sobre el hecho de la posesión. *Ergo* ya tenemos el artículo. «Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fuesen las mismas, el que presente título, y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión ó propiedad por los trámites correspondientes.»

Sólo por virtud de un razonamiento idéntico ó análogo al que hemos imaginado, ha podido llegarse á la formación del art. 445, y sólo mediante un trabajo analítico minucioso y reconstitutivo, tomando como base el precepto del art. 488 del Código de Portugal es factible obtener una interpretación exacta. El Derecho portugués individualiza la regla. Nuestro Código tiende á generalizarla, comunicándole una cierta vaguedad muy propensa á la confusión.

La prueba más cumplida de que el art. 445 del Código patrio es un trasunto fidelísimo ,en cuanto al concepto, del art. 488 del Código lusitano, nos la brinda un sencillo argumento.

El interdicto, tal como existe en nuestras leyes, no es *contienda* sobre el hecho de la posesión. Es verdad que, á tenor de la ley de procedimientos, la acción interdictal protege también la mera tenencia, que es una posesión de hecho, mas

nada quiere decir, porque el interdicto de retener ó recobrar versa sólo sobre la realidad de un despojo ya consumado ó de actos reveladores de la intención de consumarlo.

El que disfruta, v. gr., de la *possessio civilis*, puede acogerse al interdicto. El caso que prevé el art. 445 es más limitado, por cuanto restringe su esfera á la contienda entre dos posedores de hecho, es decir, entre dos poseedores por menos tiempo del año y día. Además, la querella posesoria, digámoslo así, prevista en el artículo que comentamos, no se resuelve, como el interdicto, en consideración exclusiva á la reintegración del despojo ó á impedir este último, sino á circunstancias y motivos jurídicos tales como la actualidad de la posesión, su mayor antigüedad y la existencia de título. No es, por tanto, un juicio posesorio pleno en el que se ejercite la acción publiciana, porque dicho juicio versa sobre el derecho á la posesión civil. No es un juicio de propiedad, porque no se discute el dominio. No es tampoco un interdicto propiamente dicho por las razones que dejamos expuestas. Es, como en otro lugar del comentario hemos expuesto, una anticipación del interdicto; es un *summariissimum* en el que solventan provisoriamente su contienda sobre el mejor derecho á la tenencia material y exclusiva de una cosa, dos poseedores cuya posesión no ha recibido aún la sanción de la ley por no haber traspasado el límite del año y día.

***

Entremos ya en el estudio de las reglas, y para su mayor comprensión nos valdremos de ejemplos.

Primera. La primera regla á que hay que atender, á tenor del artículo de que se trata, es la actualidad. Es decir, que en el caso de una contienda sobre el hecho de la posesión, el poseedor actual será el preferido.

A, por ejemplo, ocupa durante tres meses una casa abandonada. Al cabo de este tiempo tiene que ausentarse de la localidad á un negocio cualquiera. En su ausencia, *B* penetra en la casa y la habita. Regresa *A*, encuentra la casa ocupada y, creyéndose con más derecho que *B*, promueve cuestión judicial. ¿Cómo se resolverá ésta? En favor de *B*, poseedor actual.

Segunda. Pero puede ocurrir que dos poseedores actúen al

mismo tiempo sobre la propia cosa, v. gr.: *A* lleva su ganado á pastar á un campo en cuya posesión se encuentra desde hace nueve meses. *B* lleva también su ganado al mismo campo, creyéndose con derecho á ello por venir ejerciendo actos posesorios hace seis meses. Si surgiere querella entre ambos poseedores, la posesión se conferirá á *A*, poseedor más antiguo.

Tercera. El Código prevé el caso muy problemático de que las fechas de las posesiones sean las mismas y se pronuncia en favor del que presente título.

Mas si ninguno tuviere título, concurriendo la otra circunstancia de identidad de fecha, ó ambos lo presentasen, entonces se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión ó propiedad por los trámites correspondientes, es á saber, por los del juicio ordinario.

***

Aclaraciones.—El Código, en el supuesto de que las fechas de las posesiones fuesen las mismas, confiere la posesión al que *presente* título. ¿Alude el artículo á un título escrito? Así lo da á entender la contextura gramatical del precepto, puesto que sólo puede *presentarse* aquello que está dotado de corporalidad, como, por ejemplo, el título documental. Si la ley dijese *al que posea en virtud de título*, no sería lícito plegarse á un criterio retrictivo, pero empleando otra locución de significado tan distinto, cual la de *el que presente título*, la interpretación que nosotros damos es la única que, como comentaristas, podemos sostener con probabilidades de acierto.

Pero hay bienes respecto de los cuales el título escrito es sumamente raro. Así lo consagra el art. 464 declarando que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título.

¿Cómo se aplicará en este caso la regla tercera del art. 445?

La condición de cosa mueble no excluye la posibilidad de título documental. Así es que, en nuestro sentir, la hipótesis formulada se refunde en la generalidad del precepto. No dudamos en la inmensa mayoría de las situaciones predominará la existencia de títulos escritos; llegado este caso, la solución bien sencilla, y consiste en poner en depósito las cosas mient

se decide en el correspondiente juicio sobre su posesión ó propiedad definitiva.

Imaginemos ahora, con el propósito de desvanecer cualquier recelo que sobre la inteligencia del artículo pudiera suscitarse, que contendiendo dos poseedores sobre el hecho de la posesión, ambos presentasen títulos escritos para justificar su mejor derecho, y que el título de uno estuviese consignado en escritura pública y el del otro en documento privado, ó que el del primero fuese de fecha anterior al del segundo. ¿Podrán estimarse para la resolución de la contienda estas ventajas y preferencias de los títulos? Opinamos negativamente. El carácter sumarísimo de la cuestión impide tener en cuenta otro hecho que el de la existencia material de los títulos, sin que sean lícitas apreciaciones sobre el valor y densidad jurídica de los mismos. ¿Existen dos títulos, sean cualesquiera sus condiciones de validez y primacía? El artículo que comentamos propone la solución: el depósito ó guarda judicial de la cosa en el ínterin se dilucida en definitiva sobre la posesión ó propiedad por los trámites correspondientes.

***

Una última cuestión para terminar el comentario.

Hemos demostrado que la aplicación de las reglas establecidas por el art. 445 para resolver la controversia sobre el hecho de la posesión, implica la existencia de una forma, de un procedimiento sumario. Esto es indiscutible. Ahora bien: ¿cuál de las ritualidades procesales establecidas en la ley de enjuiciar vigente es la más propia para decidir la contienda? Opinan algunos autores que el interdicto de retener y recobar, y fundamentan su criterio en que protegiendo la ley la mera tenencia mediante la acción interdictal, muy bien pueden resolverse por el mismo procedimiento las cuestiones que se susciten sobre el hecho de la posesión.

Nuestro criterio respecto del dictamen expuesto es que el diagnóstico adolece de precipitación. El interdicto se tramita un juicio verbal por tratarse de un procedimiento sumarí. La contienda sobre el hecho de la posesión muy bien puede ajodarse á los mismos trámites, pero con mayor amplitud, anto á la prueba que el interdicto de retener y recobrar.

Recuerden nuestros lectores lo que con relación á dicho interdicto dispone el art. 1.656 de la ley de Enjuiciamiento civil. He aquí su literal contexto: «Para la celebración del juicio verbal se observará lo prevenido en los artículos 1.644 y siguiente, llevándolo á efecto aunque no concurra el demandado. Sólo se admitirán las pruebas que se refieran á los dos extremos expresados en el art. 1.652, repeliendo el Juez bajo su responsabilidad las que no se concreten á este objeto.» Es decir, que á tenor del art. 1.656 en relación con el 1.652, las únicas pruebas que con motivo del ejercicio de la acción interdictal pueden practicarse han de versar necesariamente: 1.°, sobre el hecho de hallarse el reclamante ó su causante en la posesión ó en la tenencia de la cosa; 2.°, sobre el hecho de haber sido inquietado ó perturbado en ella, existir fundados motivos para creer que lo será ó haber tenido lugar la expoliación, acreditando con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación, el conato de perpetrarlas ó el despojo, y si los ejecutó, la persona contra quien se dirige la acción, ú otra por orden de ésta.

En el sumarísimo á que tácitamente se refiere el art. 445 del Código, se discute el mejor derecho á la posesión de hecho, y la prueba no se contrae ni puede contraerse á los extremos á que se limita la del interdicto, sino que por el propio mandato de la ley se impone la determinación concreta y categórica, según los casos de la actualidad de la posesión, de cuál de los poseedores es el más antiguo, de la existencia de título, aportándose por ambos contendientes aquellos elementos probatorios que sean conducentes á la defensa de su derecho.

Existe además otra nota diferencial de suma transcendencia. El interdicto de retener y recobrar, como quiera que se encamina á reintegrar al poseedor en el goce tranquilo de su posesión, termina cuando prospera por sentencia restitutoria.

El sumarísimo del artículo que comentamos puede terminar cuando las condiciones de los poseedores fuesen iguales por auto, decretando el depósito ó guarda judicial de la cosa disputada, y remitiendo á las partes, con reserva de sus derechos, al juicio plenario, posesorio ó petitorio que proceda.

¿Puede darse una demostración más cumplida de que en sumarísimo (y le denominamos así para diferenciarlo del interdicto propiamente dicho) la contienda gira sobre la base de

mejor derecho demostrado á la posesión de hecho de una cosa? Cierto es que por su carácter posesorio hay lazos de familiaridad entre el interdicto y el sumarísimo. ¿Pero no hemos hecho notar diferencias substanciales? ¿Cómo, pues, acomodar á las generalidades y amplitudes del segundo las restricciones del primero?

Mientras la jurisprudencia ó los mismos legisladores al reformar el Código ó las leyes civiles adjetivas no pronuncien la última palabra, opinamos que las contiendas que se susciten sobre la posesión de una cosa entre dos poseedores por menos tiempo de año y día, habrán de resolverse por los trámites sumarios del juicio verbal, siendo competente para entender del asunto el Juez del lugar en que esté sita la cosa objeto de la contienda.

No tratamos de imponer dogmáticamente nuestro dictamen, que acaso sea erróneo, pero, siguiendo nuestra norma de conducta, preferimos emitir una opinión allí donde creemos que la duda puede generarse, antes que esfumar la incertidumbre en las obscuridades del silencio.

El caso del art. 445 es una de tantas trasplantaciones realizadas por el legislador patrio, sin contar de antemano con un medio ambiente adecuado.

CAPÍTULO III

DE LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN

Entramos ya en el estudio del tercero y último de los capítulos en que se encuentra dividido el título cuyo comentario constituye el objeto del presente libro.

«De los efectos de la posesión» ha sido denominado por el legislador, invistiendo á estos términos de una laxitud tal, comunicándole una elasticidad tan notable, que, por raro contraste, bajo dicho enunciado se trata en el capítulo, de la materia concerniente á la pérdida de la posesión y no se alude en la más leve referencia á la usucapión y á la prescripción, que son después de todo los más trascendentales efectos de la *possessio*. Tartufari consagra la mayor parte de su notable libro *Degli effetti del possesso* á estudiar la posesión como factor principal ó integrante de la usucapión y de la prescripción. El Código patrio, desdeñando las significaciones técnicas de los enunciados, trata de estas cuestiones con entera independencia al finalizar el libro IV. Tal vez contribuya á esto el criterio sumamente extendido de considerar á la prescripción como uno de los medios de adquirir el dominio y no como un efecto de la posesión. Sea de ello lo que quiera, nosotros señalamos el hecho para delimitar la extensión del lema del capítulo tercero.

Podríamos repetir en este lugar lo manifestado ya con respecto á otras instituciones jurídicas. El capítulo no responde por su contenido al rigorismo científico de un plan premeditado. En las subdivisiones del título descúbrense esbozos de clasificación, pero ante las exigencias de la exposición doctrinal, han encontrado alojamiento en el capítulo tercero materias y principios cuya filiación, bajo el denominador común de efectos posesorios, no es exacta. Y no es tan baladí como pudiera creerse esta transgresión, en aras de la necesidad de no dejar lagunas en el Código y de la conveniencia de no incurrir en prolijidades de plan un tanto complicadas. Recuérdese que en muchas ocasiones, por el enunciado de los capítulos se interpreta, cuando no el sentido literal, sí la extensión de muchos preceptos. La regla interpretativa es ciertamente muy peligrosa, y por lo mismo debe proscribirse su empleo; pero el peligro se acrecienta cuando, en casos como el que actualmente nos ocupa, contemplamos incluídos dentro de un capítulo titulado «De los efectos de la posesión», artículos como el 460, destinado á especificar los modos por los cuales la posesión se pierde, y como el 465, donde se trata de la posesión de los animales fieros en tesis general y comprensiva de su adquisición, continuación y pérdida. Conviene, por tanto, tener presentes las observaciones que preceden.

Comienza el capítulo por expresar uno de los efectos más interesantes de la *possessio*, estatuyendo el derecho que todo poseedor tiene á ser respetado en la posesión, y fuese inquietado en ella, el de ser amparado ó restituído por los medios que las leyes de procedimientos establecen.

Sentado este principio protector, cuyo desarrollo para la vida jurídica compete á la ley procesal, consigna el Código dos declaraciones de suma trascendencia. Dice relación la primera á la teoría general de las presunciones posesorias y es un complemento de las establecidas en el capítulo primero del título cuyo comentario estamos escribiendo. El poseedor, en concepto de dueño, tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar á exhibirlo. Inspírase la segunda en el principio de que lo accesorio sigue la ley de lo principal, y por esto manifiesta que la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste y se acredite lo contrario. Pero así la presunción como el esquema del canon jurídico mencionado, podemos considerarlos como verdaderos efectos posesorios, por cuanto implican una posesión actual.

Mucha importancia revisten todos los extremos que se relacionan con la percepción de los frutos y con la restitución de los gastos y mejoras, sean éstas necesarias, útiles ó voluntarias.

En una y otra materia, la buena ó mala fe constituye la norma por cuya virtud se determina la ley, bien para conceder la apropiación de los frutos al poseedor si á la relación posesoria presidió la buena fe, bien para exigirle la restitución de los percibidos y de los podidos percibir si á la inversa procedió con *mala fides*, ya para otorgar al poseedor de buena fe el derecho de exigir del vencedor en la posesión el abono de los gastos necesarios y útiles y el de la retirada de las mejoras voluptuarias que puedan separarse sin detrimento de

la cosa poseída, ya para negarle al poseedor de mala fe todo derecho á los gastos útiles y á las mejoras de ornato que no puedan separarse sin que padezca deterioro la cosa principal.

La doctrina relativa á la pérdida de la posesión ya hemos dicho que se desarrolla también en el capítulo tercero, así como la concerniente á la posesión de los animales fieros y amansados.

Finalmente, en el capítulo que vamos á estudiar, y esparcidos más bien por obra del azar que en seguimiento de un orden expositivo preconcebido, encontramos preceptos que, como el art. 447, pertenece de lleno á la materia de la prescripción, y otros que, cual el consignado en el art. 463, por su vaga tonalidad, mejor que como efecto posesorio, podríase clasificar en la categoría de regla general, aplicable á ese estado de hecho calificado por los tratadistas de mera tenencia.

ART. 446. Todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen.

Concordancias.—Análogo al art. 451 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro V, tít. VII, ley 5.ª*—Si algun ome tuelle alguna cosa á ome que es libre ó fr- queado, é despues le quiere demandar por siervo, devel entr ar primeramientre lo que tomo é despues demandarle.

uero Juzgo, lib. VIII, tít. I, ley 2.ª—Quien echa á otro omne p uerza de lo suio, ante que el iudicio sea dado, pierda toda la d nda, maguer que aya buena razon. E aquel que fue forzado,

reciba su posesion, et todo lo suyo que tenia entreguelo en paz á qui toma por fuerza la cosa que non puede venzer por iudicio, pierda lo que demanda y entregue al tanto á aquel que fué forzado.

Fuero Juzgo, lib. VIII, tit. I, ley 5.ª—Nengun cuende, ni nengun vicario, ni nengun mayordomo, ni ome libre, ni siervo non tome por fuerza lo que el otro tiene en poder, pues que aquel que lo tiene se alama el rey, ó dice que es suio, ó dice cuio es; e si lo tomare sin mandado del iuez, ó lo entrare por fuerza lo que otri touiere, todo lo que tomó é lo que entró por fuerza entréguelo, assi en siervos como en otras cosas, todo en duplo al que lo fizo, e todo quanto iurare el que levó por su sacramiento que ovo ende cada uno entréguelo. E si fuere siervo, e lo ficiese sin voluntad de su sennor, reciba demás CC azotes. E si el sennor non quisiere fazer emienda por el duplo, dé el siervo por emienda y entriegue la cosa. Mas esto deve guardar en todas guisas el iuez, que si aquel siervo non fiziesse por enganno de voluntad de cuyo era la cosa por amor de ganar el siervo, e si lo fallare asi por verdat el iuez, quel sennor de la cosa lo fizo fazer, todo quanto el siervo levara, el sennor de la cosa peche en VII duplos al sennor del siervo, segundo la otra ley, hy el sennor del siervo aya el siervo quito.

Fuero Real, lib. IV, tit. IV, ley 4.ª—Si algun home entrare ó tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en juro, ó en poder, y en paz; si el forzador algun derecho y habie, pierdalo; e si derecho y no habie, entreguelo con otro tanto de lo suyo, ó con la valia á aquel á quien lo forzo; mas si alguno tiene que ha derecho en alguna cosa que otro tuviere en juro de paz, demandegelo por el Fuero.

Partida 3.ª, tit. II, ley 30.—Forçado seyendo algund ome de cosa que quisiesse despues demandar en juyzio, en su escogencia es de fazer esta demanda á aquel que la fallaren ó al otro que la forçó por si ó mandó á otro forçarla ó á aquel que la recibió del que sabia que la auia forçado...

Partida 7.ª, tit. X, ley X.—Entrando ó tomando alguno por fuerça por sí mismo sin mandado del judgador cosa agena q er sea mueble, quier rayz, dezimos que si derecho ó señorio ia en aquella cosa que assi tomó que lo deue perder, e si derech ó señorio no auia en aquella cosa deue pechar aquel que la to- ó

la entró quanto valia la cosa forçada e demás deuelo entregar della, con todos los frutos é esquilmos que dende lleuo...

Novísima Recopilación, lib. XI, tit. XXXIV, ley 1.ª—Igual á la ley 4.ª del tít. IV del lib. IV del Fuero Real.

Idem id., ley 2.ª—Defendemos, que ningún Alcalde ni Juez, ni persona privada no sean osados de despojar de su posesion á persona alguna, sin primeramente ser llamado y oído y vencido por Derecho; y si paresciere carta nuestra, por donde mandáremos dar la posesion, que uno tenga, á otro, y la tal carta fuere sin audiencia, que sea obedecida y no cumplida; y si por las tales cartas ó albalaes algunos fueren despojados de sus bienes por un Alcalde, que los otros Alcaldes de la ciudad, ó de donde acaesciere, restituyan á la parte despojada hasta tercero día, y pasado el tercero día, que lo restituyan los oficiales del Consejo.

Constitución de 1876.—Art. 10. No se impondrá jamás la pena de *confiscación* de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de *utilidad pública*, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado.

Ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879.—Art. 4.° Todo el que sea privado de su propiedad sin que se hayan llenado los requisitos expresados en el artículo anterior, podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces amparen y en su caso reintegren en la posesión al indebidamente expropiado.

COMENTARIO.—La protección y defensa de la posesión constituye la doctrina del artículo.

El poseedor—expresa—tiene derecho á ser respetado en su posesión, y si por alguien es inquietado en ella, debe ser protegido por los medios que la ley procesal establece; es á saber, por los interdictos.

No es posible pronunciar esta última palabra sin traer á colación el Derecho de Roma. La materia es esencialmente romana, y también la etimología de la palabra. Recuérdese la *Instituta iniánea* (1). *Sunt tamen qui putant proprie interdicta ea vocari,*

(1) Ley 1.ª, tít. XV, lib. IV. Inst.

quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari; sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

Es opinión bastante generalizada la de que el origen histórico de los interdictos radica en las *vindicias*, donde por vez primera se observa privilegiada la posesión que por ellas se conferia. Witte trata de deducir de las vindicias los interdictos *retinendae possessionis*. Rudorff opina en contrario, afirmando que las vindicias nada tienen de común con la posesión y la manera como la ley la protege contra las vías de hecho, por cuanto aquéllas sólo se refieren á la posesión interina que se otorgaba durante el proceso reivindicatorio.

Ihering pone las cosas en su verdadero terreno, sosteniendo que, por lo general, puede afirmarse que en el más antiguo derecho la noción de la posesión no existía aún, y que el sentido originario de la colación de las vindicias fué el de conceder interinamente la propiedad, pero no la atribución de la posesión neta en el concepto de la teoría posesoria moderna. En el antiguo derecho, por tanto, el que obtenía la vindicia era un propietario interino, pero no el *possessor* de las épocas siguientes.

Ocupándose Ihering del derecho nuevo, opina como Witte que la relación histórica en que se encuentran los interdictos *retinendae possessionis* con las vindicias, es tan evidente que no podía dejar de ser advertida por todos. Trasladamos literalmente las palabras del ilustre romanista:

«Según el testimonio de las fuentes, los interdictos fueron introducidos con el mismo fin que las vindicias en el antiguo procedimiento; esto es, para regular la relación posesoria durante el proceso de la propiedad. Produjose así, no sólo un cambio de forma, sino una transformación esencial y triple de la cosa.

Primeramente la cuestión de posesión, que era el objeto del poder discrecional del Pretor, llega á ser materia de una decisión regulada en justicia; la posesión no es ya concedida, sino instruída; ó en otros términos, se convierte la posesión en una relación independiente separada de la propiedad. En segundo lugar, esta transformación se halla en conexión estrecha con l influencia que ejercía la posesión en el nuevo procedimiento re vindicatorio y que podía ejercer por virtud de su nueva organ zación, librando al poseedor del peso de la prueba. Este resultad

era debido positivamente á la desaparición de la *contravindicatio* y á la transformación, que fué su consecuencia, del *judicium duplex* en *judicium simplex*. La tercera modificación, no menos esencial, consistía en la separación del posesorio y del petitorio. Mientras que los *vindiciae* no podían presentarse sino con ocasión del proceso reivindicatorio, con los interdictos ocurría otra cosa distinta. De igual manera que en la Edad Media el *summariissimun*, que era en su origen una disposición incidental del *ordinarium (portio interdicti uti possidetis)*, se emancipaba de éste elevándose al rango de remedio legal independiente, así, por medio de esos interdictos, la cuestión posesoria se desligaba del proceso de la propiedad.»

En la propiedad estriba para Ihering el principio normal de los interdictos posesorios y el motivo de su introducción, y en apoyo de su tesis y para corroborar la asociación de ideas que entre el posesorio y el petitorio medió en el Derecho de la antigua Roma, cita varios textos legales, de los cuales sólo uno reproducimos (1), porque no nos incumbe, dada la naturaleza de nuestro trabajo, sino exponer ligeras indicaciones sobre el origen de los remedios posesorios.

Otros autores, Bonjean, por ejemplo, encuentran la razón de los interdictos en la necesidad de evitar perturbaciones de la paz pública, si los que se veían inquietados en el uso de sus derechos hubieran tenido que repeler mediante la fuerza la agresión. Por esto sostiene que el Pretor, más bien que en desempeño de su jurisdicción, por virtud de su imperio, para conservar el orden é impedir que los particulares acudiesen á vías de hecho, adoptase aquellas medidas que al efecto fuesen necesarias. Acaso tal opinión traiga su origen de aquellas palabras de Justiniano en su Instituta: *Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat.*

Según Savigny, el procedimiento en los interdictos era distinto del de las acciones ordinarias. Con respecto á ellos, el Edicto no hablaba de un *judex*, sino siempre de una orden ó de una

---

Ley 14, § 3.°, libro 44, Dig. *Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam interdicto possessio in actione proprietas vertitur.*

prohibición inmediata, *veto*, *exhibeas restituas*. Cuando se presentaba un caso de este género, el Pretor, sin exigir prueba previa, pronunciaba desde luego la orden prevista en el Edicto, pero en presencia de las dos partes. Dos casos—continúa Savigny—podían presentarse: ó el demandado reconocía el derecho del demandante, y por virtud de este reconocimiento todo quedaba terminado, ó bien lo negaba, ú oponía excepciones á la acción del demandante. Entonces nombrábase un *judex* ó un *arbiter*, y lo que había tomado desde luego la forma de una orden del Pretor, se transformaba en una instrucción para el *judex: fórmula*.

La legislación romana, según es de ver por las Instituciones y el Digesto, dividió los interdictos en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios.

Su propio nombre está indicando el objeto de los mismos, muchos de los cuales señalan atribuciones que han descendido de la esfera individual á la social, encarnando en leyes puramente administrativas. Así, por ejemplo, entre los llamados interdictos prohibitorios, podemos señalar, entre otros, los de *ne quid in loco sacro fiat;* para impedir que se edificare en lugar sagrado, cosa que recayese en su perjuicio: *ne quid in loco publico, vel itinere fiat*, cuyo objeto era el mismo, restringido á los lugares y caminos públicos. *De via pública et itinere publico reficiendo:* con el objeto de impedir que se hiciera violencia á aquellos á quienes fuera lícito abrir ó reparar el camino público, etc.

Entre los interdictos exhibitorios mencionaremos el *De tabulis exhibendis* y *De homine libero exhibendo*, y finalmente, señalaremos con la *Instituta Justiniánea*, entre los restitutorios, el de *Quorum bonorum*, que competía para pedir la universalidad de bienes.

Más importancia que esta división merece ciertamente la segunda, expresada por la *Instituta* con estas palabras: *Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adispicendae possessionis, causa comparate sunt, quaedam retinendae, quaedam recuperandae.*

Mencionaremos entre los interdictos *Adispicendae possessionis*, el *Quorum bonorum* y el *Quod legatorum*.

Entre los *Retinendae possessionis*, al interdicto *Uti possidetis*, otorgado, según expresa la ley 1.ª, § 4.º y 6.º, tít. XVII bro XLIII del Digesto, al que posee, para retener la posesión, interdicto *Utrubi*, cuyos efectos por lo que respecta á las co muebles eran iguales al *Uti possidetis;* y como modalidades, di

moslo así, del principio cardinal en que se apoya el interdicto de retener la posesión, no debemos prescindir de mencionar los de *Superficiebus*, *De itinere actuque privato*, *De aqua quotidiana et aestiva*, *De rivis*, *De fonte* y *De cloacis*.

Por último, en cuanto á los interdictos recuperatorios, aun cuando eran aplicables, como manifiesta Ihering, los interdictos *retinendae possessionis* con una restricción en cuanto al tiempo, podemos presentar como arquetipo el interdicto *unde vi*, toda vez que el *De precario* es motivo de controversia y constituye uno de los muchos puntos en que disienten los campeones de la doctrina posesoria, Savigny y Ihering.

Y dadas estas breves nociones de los interdictos en Roma, y pasando por alto nuestra legislación patrimonial, ya expuesta en los precedentes, vamos también á espigar por el campo de la teoría, exponiendo algunas de las muchas que se han ideado para justificar el punto siempre problemático y difícil de la protección posesoria.

***

En estas dos palabras, «protección posesoria», se resume la manifestación legal de toda la teoría de los interdictos. Pero si este es el efecto externo, si este es el hecho jurídico, necesariamente ha debido reconocer una causa, y á su inquisición se han dedicado los escritores, unos elaborando directamente sobre los textos legales de la antigua Roma, otros fundamentando su opinión en los argumentos de la crítica especulativa.

El estudio de las varias teorías que se han formulado para explicar el fundamento de la protección posesoria, además de que constituiría por nuestra parte una enojosa repetición, daría á este estudio mayores proporciones de las que le corresponden.

Téngase en cuenta que el artículo que vamos á comentar es, con independencia del principio que establece en punto al derecho que todo poseedor tiene de ser protegido en su posesión, de mera referencia á la ley de procedimiento civil.

Conocidas nos son las aludidas teorías, clasificadas por Ihering absolutas y relativas. Se ha pretendido cimentar el interdicto re la necesidad de reparar la violencia ejercida, el derecho ticular lesionado. Se ha sostenido que todos los interdictos se lan sin excepción ó en el empleo de la violencia, ó en el ejer-

cicio clandestino de la posesión ó en el abuso de un *precarium*. Hase dicho finalmente que los interdictos fueron en Roma el único derecho resultante de la posesión sola, y ya en estos derroteros se le ha negado á los interdictos *adipiscendae possessionis* el carácter de interdictos posesorios (Savigny).

La violación del orden público y consiguiente necesidad de afirmar tal orden y evitar la justicia por propia mano, ó como si dijéramos, el *self government* judicial, constituye para Rudorff el fundamento de la protección posesoria. Para Thibaut, la defensa del derecho más ostensible y preeminente. Para Röeder, la protección posesoria descansa en el derecho primario de la personalidad que obliga á reputar á todo poseedor de buena fe mientras no se demuestre lo contrario.

Los defensores de la teoría de la voluntad se apoyan en que ésta en su esencia es pura é irreprochable, y toda perturbación de ella es una injusticia y arbitrariedad que hay que repeler.

No cabe duda que el poseedor de una cosa tiene derecho á ser respetado en la posesión, y si alguna persona emplea la violencia contra aquél, debe ser protegido por los interdictos según afirma Savigny; pero esta afirmación no implica el fundamento de tales medios protectores, ni resuelve el problema; supone sólo su planteamiento. Por otra parte, y mirando ya la cuestión desde el punto de vista romano, si fuera cierto que el Pretor por los interdictos posesorios tan sólo trataba de crear una nueva especie de acciones contra los delitos, sería, como dice Ihering, totalmente baldío querer justificar la utilidad de su innovación, puesto que las acciones existentes hubieran bastado.

De análogos defectos adolece la teoría de Rudorff.

El fin del interdicto, como el de todo medio legal protector, podrá ser la reparación del orden jurídico perturbado ó infringido total ó parcialmente, es decir, en la esfera pública ó en la privada. La protección legal es genérica; allí donde se viola un derecho, la ley da medios al lesionado jurídicamente para defenderse. Mas la cuestión sigue en pie, toda vez que lo que precisa averiguar es por qué la ley concede al poseedor la protección especial y característica denominada interdictos.

En la defensa del derecho más eminente cuando existe colisión entre varios, estriba, según Thibaut, la protección posesoria; pero, ¿cómo hablar de la protección del mejor derecho, cuando la

posesión es, en concepto de dicho autor, simplemente un estado de hecho que debe ser mantenido mientras otro no demuestre un mejor derecho? Como con gran verdad afirma Ihering, vencer en la esfera del derecho, supone un derecho preeminente; pero trasplantar esta idea al terreno del hecho, es olvidarse de cuanto se ha dicho acerca de éste. Por otra parte, la defensa del mejor derecho no es condición peculiar y exclusiva de la protección posesoria; concurre en otros casos reivindicación del dominio, en que se discute acerca de cuál es el verdadero propietario; en la petición de herencia, cuando varios herederos disputan respecto del derecho preferente á ella, etc.

La teoría de la voluntad adolece también, en nuestro sentir, del defecto de las anteriores. Si la voluntad es, por su esencia, irreprochable, lo será en la propiedad lo mismo que en la posesión y en todo derecho, y por consecuencia, la violencia ejercida contra esa voluntad deberá ser reprimida igualmente en uno y otro caso.

Como vemos, las teorías que pretenden explicar el fundamento de la protección posesoria se resienten del vicio de no ser características de ésta, ó en otros términos, de ser igualmente aplicables á la protección de todo derecho.

Nosotros aceptamos la opinión de Ihering, á cuyo tenor, la protección posesoria no es sino un complemento de la protección de la propiedad.

El poseedor—dice Trendelenburg—tiene la cosa y manifiesta la intención de conservarla y de unirla de una manera permanente á su persona. Estos primeros elementos de una propiedad inicial y posible, implican—añade—el derecho de ser protegido contra toda violencia. Protegiendo así la posesión—continúa—la ley protege una propiedad posible, mientras no se pruebe que le faltan á tal posesión condiciones necesarias para realizar la noción de propiedad.

Laurent acepta también esta teoría, aunque enlazada con la violación del orden público. Las acciones posesorias—dice—se conceden en razón de una presunción de propiedad. Hay un motivo de orden público; si la perturbación y la violencia se traducen en hechos, la ley no puede permitirlas, aun cuando sean recitadas por el que pretende tener derecho sobre la cosa, pues tiene alguno, debe reclamarlo ante los Tribunales.

El ilustrado catedrático Sr. Azcárate defiende asimismo la opinión de Ihering, aunque en iguales términos que Laurent, esto es, inclinándose á la teoría de Rudorff. Insertamos sus palabras:

«El fundamento principal es en las legislaciones el mismo que tiene en la esfera de los principios: una presunción legal de propiedad que cede ante prueba en contrario. El fundamento de esta presunción es á su vez el que el *jus possidendi* es uno de los que integran el total del dominio, en cuanto es condición necesaria para el mantenimiento de la propiedad, condición precisa para el ejercicio de todos los demás derechos, y por lo mismo, la muestra exterior más manifiesta del dominio. Por ello la ley, donde la ve, la protege, considerando que el hacerlo es un complemento necesario de la protección debida á la propiedad, como dice Ihering, para facilitar al propietario la prueba de este derecho particular, con abstracción del total de propiedad de que se deriva. Pero es claro que esta presunción puede aprovechar y aprovecha de hecho al no propietario, en cuanto, desligada la posesión del dominio, puede producir sus efectos la posesión de ser cierta.

»Pero decimos que esta presunción es el fundamento *principal* de la doctrina legal de la posesión, porque no es el único. En todos se reconoce la distinción esencial entre el juicio de propiedad y el de posesión, ó entre el petitorio y el posesorio, y en todos se protege al poseedor de mala fe contra los ataques violentos que vengan á perturbarle en la posesión, y claro es que ninguna de estas dos cosas podría tener lugar si se partiera tan sólo de tal supuesto; no la primera, porque debería admitirse en todo caso; y no la segunda, porque la existencia de la mala fe destruye *ipso facto* la presunción de propiedad. Esto prueba cómo entran por mucho en la materia las consideraciones de orden público, que algunos jurisconsultos han considerado como fundamento único de la posesión. Si los Códigos han hecho suyo el principio preconizado por el derecho canónico *spoliatus ante omnia restituendus*, es porque no se puede autorizar que nadie se haga justicia por su mano; y si algunos autorizan al poseedor para rechazar la fuerza con la fuerza, es porque lo consideran como una consecuencia del derecho de legítima defensa.»

Es manifiesta la inclinación del derecho moderno á considerar la posesión como un estado aparente de la propiedad, como un

propiedad presunta en tanto que por la contradicción no se revele el estado posesorio.

Esta identificación externa de las relaciones jurídicas de propiedad y posesión ha determinado una simplificación de las acciones posesorias.

Autores como Scialoja llegan á sostener que dichas acciones se transformarán, parte en vindicatorias y parte en acciones penales.

***

Derecho positivo.—Abandonando el terreno especulativo á que la materia posesoria se presta por su carácter científico y universal, repleguémonos al terreno del derecho positivo.

El art. 446 establece la protección posesoria; conforme á él, el poseedor ha de ser respetado en su posesión y protegido contra la violencia ejercida en ella, por aquel precepto de que nadie puede tomarse la justicia por sí mismo, no aceptado por el Código portugués y el proyecto del Código alemán. ¿Quiénes gozan de la protección? ¿Qué actos determina ésta? ¿Cuál es su extensión? Cuestiones son las apuntadas que estudiaremos inmediatamente.

Personas que pueden ejercitar el interdicto.—El Código no puede emplear un lenguaje más amplio, ni hablar en términos más generales. No dice «el poseedor», con cuyas palabras podría surgir la duda de quién era éste; declara que «*todo* poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión». La declaración alcanza, pues, al poseedor natural y al que lo es en concepto de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona (arrendatario, prendario, usufructuario, usuario) y lo mismo al de buena que al de mala fe.

No ofrece duda que el que tiene la posesión natural debe ser respetado en su posesión lo mismo que el que disfruta de la posesión civil, porque ambas posesiones se diferencian por elementos psicológicos y no materiales. La ley protege la efectividad de la po-ión, la posesión *in facto*, y ésta existe igualmente en la natural n la civil. La posesión civil es la natural, ó sea la tenencia de cosa, unida á la convicción de haber la cosa como suya. La tección posesoria se concede al que está poseyendo, al que

tiene la posesión real y efectiva de la cosa, al que vive en la posesión, por decirlo así. Al poseedor le basta poseer para ser respetado en la posesión—dice la sentencia de 12 de Diciembre de 1859—mientras no se presente quien tenga y justifique mejor derecho.

La ley procesal civil, en su art. 1.651, autoriza esta doctrina al decir que «el interdicto de retener ó recobrar procederá cuando el que se halle en la *posesión* ó en la *tenencia* de una cosa, haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando haya sido ya despojado de dicha posesión ó tenencia», porque el artículo al emplear la palabra posesión como opuesta á tenencia, es indudable que usa ésta en el sentido de posesión natural y aquélla en el de civil.

Confirma esta opinión la sentencia de 3 de Abril de 1884, la cual declara que «con arreglo al art. 724 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 (hoy el 1.651 de la vigente), el interdicto de recobrar, no sólo compete á los que tienen la *posesión jurídica*, sino también á los que se hallan en la tenencia de la cosa, ó lo que es lo mismo, en la simple ocupación actual y corporal de ella con derecho ó sin él, como claramente lo demuestra el texto de dicho artículo al emplear las palabras *posesión* ó *tenencia*, que tienen distinta significación en el lenguaje forense y en el común».

Cabe formular la misma consideración expuesta, respecto del artículo 1.651. La sentencia aludida habla también de posesión como opuesta á tenencia, adicionando á aquélla el calificativo de jurídica, que bien puede traducirse por el de civil.

Queriendo el art. 432 del Código determinar con respecto al sujeto los conceptos en que puede poseer, expresa que la posesión puede tenerse ó como dueño ó como tenedor de la cosa ó derecho, para conservarlos ó disfrutarlos, pero perteneciendo el dominio á otra persona.

Prescindiendo de toda especulación y crítica en este lugar, y plegándonos á la fase puramente positiva, observemos que el precepto legal citado quiere significar que el poseedor puede serlo en concepto de dueño de la cosa poseída, y en concepto de no dueño, ó lo que es lo mismo, con otra cualquiera cualidad distinta de la de propietario, como, v. gr., arrendatario, usuario, usufructuario, comodatario, depositario, acreedor pignoraticio, etc. La protección posesoria alcanza tanto á uno como á otro poseedor.

La tesis parece indiscutible. Examinemos, sin embargo, detenidamente este punto.

Si la posesión es la exteriorización de la propiedad, y la protección posesoria es un complemento de la de esta última, ó lo que es lo mismo, si se protege á la posesión porque se presume que se defiende también á la propiedad, con mayor motivo ha de defenderse cuando no existe presunción, sino realidad. Si la posesión se halla integrada en la propiedad, ó sea si el dueño posee, en este caso al proteger la posesión se protege directamente la propiedad. Aparte de estos razonamientos, notorio es que la protección posesoria en pro del propietario se halla consignada en preceptos importantísimos, tales como la ley fundamental del Estado, art. 10 de la Constitución, art. 349 del Código civil y artículo 4.° de la ley de expropiación forzosa. Estos preceptos establecen que nadie podrá ser privado de su *propiedad* sino mediante estos requisitos: mandato de autoridad competente; causa justificada de utilidad pública; indemnización del valor de lo expropiado, y si se procediere sin estos requisitos, la autoridad judicial amparará y, en su caso, reintegrará en la *posesión* al expropiado.

La propiedad ofrece dos modalidades con relación al sujeto: es singular cuando éste es uno, es común cuando son varios. En el primer caso no existe dificultad; en el segundo se pregunta: ¿quién y cómo podrá entablar el interdicto? ¿Será necesario el concurso de todos los copartícipes ó bastará que lo formule alguno de ellos? Mostramos nuestra inclinación al criterio último.

La característica de la comunidad es la de la solidaridad, la existencia en los copartícipes de la igualdad de facultades. La comunidad es respecto de los bienes lo que la solidaridad con relación á las obligaciones, hasta el punto de que pudiéramos decir que el comunero es un acreedor solidario de bienes, y en este sentido creemos aplicable la disposición del art. 1.141 del Código, declarativa de que cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil á los demás, pero no lo que le sea perju-
d l, salvo las excepciones establecidas por la ley, como la del
a ulo 379 del Código, referente á las alteraciones en la cosa
c n.

Bien se mira, aquella disposición, así como la del art. 379,
c rne á las relaciones jurídicas entre los mismos comuneros,

porque ninguno de ellos puede tener más derechos que los demás; pero con relación á tercero, todos y cada uno de los condueños tienen, en nuestro entender, facultad para ejercitar por sí, independientemente de los demás, los derechos inherentes á la propiedad común. Ya lo expresamos en el comentario del art. 398, con referencia á su doctrina, apoyándonos en el art. 548, declarativo de que el uso de la servidumbre por un comunero impide la prescripción respecto de los demás, y en el 1.933, según el cual la prescripción ganada por un comunero aprovecha á los demás. De aquí deducimos que son válidos los actos ejecutados con relación á un tercero por un partícipe, aunque no hayan sido hechos con asentimiento de la mayoría, si tienen por objeto la adquisición de un uso ó derecho ó evitar su pérdida, es decir, siempre que se trate de un acto realizado en pro de la comunidad y que no altere la cosa común.

En la posesión hay un precepto favorable especialmente á nuestra opinión: el del párrafo segundo del art. 450, expresivo de que «la interrupción de la posesión de todo ó parte de una cosa poseída en común, perjudicará por igual á todos». Si el perjuicio es igual para todos, justo y lógico es que cada uno tenga perfecto derecho para evitarlo, ó sea, en el caso concreto examinado, para impedir la interrupción, rechazando los actos perturbadores. El comunero tiene, pues, según nuestro criterio, facultad para ejercitar por sí el interdicto, aun sin anuencia de sus copartícipes, tanto por ser facultad derivada de la solidaridad, condición inherente á la propiedad común, como porque nadie debe sufrir daño por culpa de otro, y lo sufriría el condueño que se viese privado de su posesión por los actos de un tercero, á causa de no haber querido los demás interponer el interdicto, en el caso de que se considerase necesaria la concurrencia de todos ó de la mayoría.

Hay una sentencia que parece desmentir las afirmaciones anteriores. Es ésta la de 20 de Junio de 1891, expresiva de los dos puntos doctrinales siguientes:

1.° «Procede declarar vicioso y mal entablado un interdicto de recobrar si en éste alegó el supuesto despojado que era único dueño y poseedor del inmueble, con cuyo carácter obtuvo la restitución del mismo por entero, y sólo ha justificado tener derecho á la mitad proindiviso.»

2.° «La cesión hecha por aquél á una sociedad comanditaria, como accionista gerente de la misma, de la mitad proindiviso que le pertenecía en el inmueble objeto del interdicto, no le priva del derecho á reclamarla para entregarla á la expresada sociedad ó para seguirla poseyendo en su propio nombre.»

La sentencia no destruye nuestra doctrina, porque el caso resuelto por ella no cae dentro de ésta. Se trataba de un interdicto interpuesto por un socio contra otro (sociedad para la explotación de unos terrenos) á consecuencia de haber cedido éste su parte á un tercero, y pedía se le reintegrase en la posesión de toda la cosa, como el Juzgado lo hizo, contra cuyo interdicto se promovió el juicio ordinario, en el cual el Tribunal Supremo asentó la doctrina mencionada. Refiérese á cuestiones entre comuneros, y al caso de uno que defendía su derecho contra el otro (alegando además un hecho inexacto, cual era el ser dueño de todo), no el de la comunidad contra un extraño á ella, que es lo sostenido por nosotros.

Como consideración última acerca de esta materia, diremos que todo lo manifestado es aplicable á la comunidad de derecho real de posesión, ó sea cuando ésta no vaya unida á la propiedad, es decir, al caso de que fueren varios los usufructuarios, usuarios, etc.

Concepto jurídico intermedio entre el caso de la posesión unida á la propiedad y la posesión separada de aquélla es el condominio en la enfiteusis, en la que una persona tiene el llamado dominio directo y otra el denominado útil. Ésta es, en la esfera práctica, en la de los hechos, la que ejerce el dominio, la que goza de la vida de la propiedad, y por consiguiente, es nuestra creencia la de que tiene facultad para repeler todo acto agresivo contra la posesión, sin entender por esto que no puede ejercitar igual facultad el señor directo, puesto que al ser dueño es jurídicamente poseedor.

Lo que pretendemos expresar es que como quiera que el interdicto tiende á proteger el hecho de la posesión y en ella se encuentra el enfiteuta, éste es el llamado directamente á gozar de protección posesoria. El enfiteuta es poseedor, y todo el que reúne esta calidad legal tiene derecho á ser amparado en la posesión. En el derecho romano concedíase al enfiteuta acción

real contra cualquier poseeder y aun contra los mismos Municipios (1).

En el usufructo, la nuda propiedad de la cosa pertenece á una persona y al usufructuario el derecho á disfrutar de aquélla con la obligación de conservar su substancia. El usufructuario puede interponer interdicto cuando sea perturbado en su posesión; si la lesión se extiende á la propiedad del fundo que usufructúa, entonces deberá acatar el precepto del art. 511, que le obliga á poner el acto lesivo en conocimiento del propietario.

El mismo principio regirá en cuanto al uso y á la habitación, porque, conforme al art. 528 del Código y á toda la doctrina sobre dichas materias, es aplicable á éstos lo dispuesto para el usufructo, en lo que no rechace la naturaleza de aquellos derechos.

Por virtud de esta ley de analogía se extenderá la facultad de promover el interdicto al comodatario, puesto que, según el artículo 1.741, adquiere el uso de la cosa prestada y tiene por tanto la posesión natural de ella, respondiendo además de su pérdida. Acontece lo mismo en el depósito: el depositario tiene en su poder la cosa y debe, por consiguiente, ser respetado en este apoderamiento, en la posesión también natural de ella. Si alguien perturba la posesión de la cosa en que se encuentra el depositario, es indudable que tiene derecho para repeler la perturbación, porque, aparte de que es inquietado en la *possessio*, responde al depositante de la devolución de la cosa.

Otro caso en que la posesión se tiene en concepto distinto del de dueño, es el arrendamiento. Aquí tampoco surge cuestión, por hallarse resuelto el caso por la jurisprudencia anterior al Código y por éste. La sentencia de 25 de Junio de 1880 estableció que «el arrendatario tiene personalidad para entablar el interdicto de recobrar contra el que le perturbe en la tenencia de la finca arrendada, porque se defiende por derecho propio al ejercitar la

---

(1) Lib. VI, tít. 3.°, ley 1.ª, § 1.°, Dig.

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt á municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.

acción contra el despojante», y hoy el art. 1.560 del Código preceptúa que «el arrendador no está obligado á responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador». Y no se encuentra oposición entre esta doctrina y la que afirma que el arrendatario no puede prescribir por no poseer en nombre propio, sino del dueño, porque esto es cierto en cuanto á la posesión que conduce á la usucapión, al dominio, pero no en cuanto á la de *hecho*. El arrendatario no puede adquirir la cosa arrendada, porque precisamente dicha condición legal (la de arrendatario) implica el reconocimiento de la existencia de un dueño de la cosa, y la usucapión presupone la inexistencia, ó, por lo menos, el desconocimiento del propietario. Pero esto no obsta á que el arrendatario que posee la cosa objeto del arrendamiento sea protegido en la posesión, no de dueño, sino de arrendatario. Como tal, tiene derecho á ser amparado en su posesión, aunque no puede adquirir el dominio de la cosa por prescripción, hecho completamente distinto.

Otro caso de los que venimos examinando es el relativo al acreedor prendario. Encuéntrase resuelto por el Código en sus artículos 1.867 y 1.869. Según el primero, el acreedor responde de la pérdida ó deterioro de la cosa dada en prenda. Conforme al segundo, puede ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla ó defenderla contra tercero. Ahora bien: si responde de su pérdida ha de tener todas las facultades para evitarla, entre las cuales está, naturalmente, la de ser protegido contra la perturbación de un tercero, con más razón por cuanto goza de las mismas facultades que el dueño. El acreedor prendario es poseedor de la cosa dada en prenda, y, por consiguiente, está comprendido en la disposición del art. 446, que otorga la protección á todo poseedor.

Distingue también el Código entre la posesión de buena y de mala fe. Ya hemos dicho en su lugar oportuno que esta cualidad es meramente personal, afecta á la persona del poseedor; por est a examinamos aquí en relación con el particular que estudi os.

incuestionable que el poseedor de buena fe debe ser ampara en su posesión; ¿alcanzará el beneficio al poseedor de mala fe? ero es que si constase la existencia de la mala fe, no podría

ser amparada la posesión que adoleciese de este vicio; pero la buena ó mala fe es cuestión de índole privada, afecta á la conciencia más que á la ley, y es, por tanto, difícil, si no imposible, fijarla *a priori*. Por eso decíamos en el comentario del art. 434 que debiendo surgir de la controversia la depuración de la buena ó de la mala fe, en tanto no se abra la discusión jurídica y se defina una situación de hecho para la aplicación del derecho correspondiente, el estado posesorio habrá que reputarlo de buena fe y protegerlo con los medios defensivos que la ley tiene establecidos. Además, la ley presume siempre la buena fe mientras no se pruebe lo contrario.

Es verdad que existen casos (mencionados en el comentario de los artículos 433 y 434) en los cuales puede presumirse desde luego la mala fe; pero esto no es aplicable al interdicto, al menos en nuestra legislación positiva, porque en aquél sólo se discute el hecho de la posesión, sin dilucidar nada acerca de la cualidad con que se posee. El art. 1.652 de la ley procesal civil exige información sólo sobre el hecho de hallarse en la posesión ó en la tenencia de la cosa, y el de haber sido inquietado ó perturbado en ella ó temer serlo. Probando estos particulares, la ley otorga su protección, sin entrar á examinar el título de la posesión, para lo cual reserva el procedimiento amplio del juicio ordinario.

Dos sentencias del Tribunal Supremo parecen desmentir nuestra afirmación, por cuyo motivo conviene estudiarlas.

Es una la de 10 de Junio de 1885, según la cual, «al tenedor precario y de mera tolerancia no le es lícito proponer interdicto de despojo en nombre propio, para lo cual carece de derecho», refiriéndose al caso en que una persona disfrutaba una parte de una finca por pura condescendencia del propietario. Es la otra la de 15 de Octubre de 1890, declarativa de que «la posesión y la tenencia derecha no se ganan por fuerza, ni por hurto, ni por precario, pues sólo puede ser amparado en ellas quien las haya por título y buena fe y por tiempo de año y día, á tenor de la ley 3.ª, título VIII, libro XI, de la Novísima Recopilación (1), y

(1) *Nov. Recop., libro XI, tit. VIII, ley 3.ª*—En los fueros de algunas ciudades se contiene que el que tuviere ó poseyere casa ó viña ó heredad por año y dia, en paz y en faz de aquel que la demanda, entrando y saliendo el demandador en la villa, [illegible]

cuando no concurran estos elementos, puede el dueño cobrar la posesión, según dispone la ley 10 del título XXX de la Partida 3.ª» (1).

Refiérese la sentencia al siguiente hecho. El criado del propietario de un fundo labraba este último en su cualidad de tal criado. Alegando hallarse en posesión de la finca, formalizó interdicto contra su dueño. Prosperó el interdicto, é interpuesto el juicio ordinario, el Tribunal Supremo pronunció la sentencia, uno de cuyos considerandos hemos transcrito.

Agrádanos la doctrina de las sentencias expuestas; nos parecen muy acomodadas á los principios rigorosos de justicia, pero entendemos que no cercenan ni destruyen la materia de la protección posesoria, ó sea de los interdictos. Que el poseedor de mala fe no es poseedor, y no debe ni puede adquirir la posesión, conformes estamos con ello; mas lo que decimos es que la protección posesoria, condensada en el interdicto, no admite la discusión acerca de la buena ó mala fe del poseedor, porque en este caso estaría de más el juicio ordinario. Demuéstranlo las mismas dos sentencias citadas; donde se probó la mala fe de los poseedores, ó mejor dicho, de los tenedores de las fincas, objeto del interdicto, no fué en este procedimiento sumarísimo, sino en el juicio plenario que le subsiguió, autorizado por el art. 1.658 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En el interdicto sólo se permite discutir sobre el *hecho* de la posesión, no sobre el *derecho* á la misma, que es lo que implica

---

tenudo á responder por ella; y es duda, si en la dicha prescripción de año y día es menester título y buena fe. Nos, tirando esta duda, mandamos que el que tuviere la cosa año y día no se excuse de responder por ella en la posesión, salvo si tuviere la cosa año y día con título y buena fe.

(1) *Part. 3.ª, tit. XXX, ley 10.*—Seyendo algun ome apoderado de casa, ó de heredamiento ó de otra cosa qualquier por aquel que la tiene ó por su mandado, gana la tenencia verdadera della. Eso mismo serie si lo apoderase el judgador ó su mandado por razon de paga, ó porque auia vencido en juyzio la cosa, prouando (era suya. Mas si él fuesse apoderado della por mengua de) uesta ó porque él la entrara por fuerza, ó la robara, como (que él sea tenedor non ha por ende la verdadera possession, (iendo su dueño puedela cobrar, así como diximos en las le- ue fablan en esta razón.

el fondo de las decisiones del Tribunal Supremo expuestas. Si se tolerase contender respecto del título de la posesión, tocante al derecho con que el tenedor posee la finca, perdería su naturaleza el interdicto y estaría de más en la ley éste ó el juicio ordinario para discutir ampliamente la posesión y la propiedad, debiendo fundirse en un solo juicio.

Creemos, pues, que la distinción de posesión de buena y mala fe no puede afectar al interdicto, porque en éste se atiende sólo al hecho de poseer sin consideración á las circunstancias de cómo y por qué se posee. La ley de Partidas y la Novísima afirman que el tenedor de mala fe no adquiere la posesión, principio que no tenemos inconveniente en reconocer; pero esto no quiere decir que el tenedor ó poseedor de dicha condición no pueda interponer el interdicto, que no prejuzga para nada el punto de la verdadera posesión, cuando el Código en el núm. 1.º del art. 460 declara perdida la posesión para aquel que permite que otro posea por más de un año, aun *contra* la voluntad del antiguo poseedor.

Por último, la protección se extiende lo mismo al poseedor de cosas materiales que inmateriales ó derechos. Lo declaró ya la sentencia de 11 de Julio de 1881, al exponer que «el interdicto de recobrar es procedente siempre que se prive á cualquiera de cosas muebles ó raíces, ó del ejercicio de un derecho; pues que resolviéndose en esta clase de juicios sumarísimos cuestiones de orden público, lo mismo se afecta privando á uno con violencia ó clandestinamente de una cosa corporal que poseía, como de un derecho que cuasi poseía», y el Código ratifica expresamente la doctrina, puesto que habla de la posesión de cosas y de derechos, distinguiendo entre una y otros, en los artículos 430, 431, 432, 437 y 438, á pesar del concepto de cosas sentado en el art. 333.

De los derechos reales no cabe duda, según ya dijimos en el comentario de los artículos 430 y 437. ¿Y de los llamados personales? En estos mismos artículos expusimos nuestro criterio acerca del particular. Allí dijimos que son susceptibles de posesión, no en el sentido de ser apropiables para adquirirlos por prescripción, sino en el de que constituyen un estado jurídico favor de la persona que goza de tales derechos, estado en el q debe ser amparado. Por esto creemos que el individuo de u Sociedad, de una Corporación, en una palabra, de una pers

jurídica, tiene derecho á ser mantenido en la posesión de su calidad de socio cuando sea perturbado en ésta, siempre que el acto sea constitutivo de verdadero despojo, según expondremos después.

Actos que determinan el interdicto.—Determinan la pertinencia del interdicto los actos que, ó demuestran la intención de perturbar la posesión ó la tenencia, ó perturban total ó parcialmente esa misma tenencia ó posesión.

Ahora bien: no toda privación de la posesión ó de la tenencia lleva consigo el interdicto como medio de repeler aquélla. Así sucede con los llamados *actos administrativos*, ó sea con las resoluciones que dicta la Administración dentro del círculo de sus atribuciones, como expresamente lo establecen el art. 89 de la ley municipal (1) y el 252 de la ley de aguas (2) entre otros.

Acerca de estos particulares y en lo concerniente á los montes públicos y al derecho real de servidumbres, existe una copiosa jurisprudencia administrativa, que conviene conocer y que insertaremos en un apéndice.

Los actos de perturbación son, por tanto, los que afectan á la esfera privada, á los derechos civiles lesionados por un particular ó por la Administración cuando procede fuera de sus facultades.

No puede existir perturbación cuando, á la inversa, el particular ó la Administración obran en virtud de un derecho que les

---

(1) Art. 89 de la ley municipal de 2 de Octubre de 1877:

«Los Juzgados y Tribunales no admitirán interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia (*).

Los interesados pueden utilizar para su derecho los recursos establecidos en los artículos 171 y 177 de esta ley.»

(2) Art. 252 de la ley de aguas de 19 de Junio de 1879:

Contra las providencias dictadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones en materia de aguas, no se admitirán interdictos por los Tribunales de justicia. Unicamente podrán éstos conocer á instancia de parte, cuando, en los casos de expro-ción forzosa prescritos en esta ley, no hubiese precedido al des-cio la correspondiente indemnización.

Según Real decreto de 16 de Junio de 1884, la prohibición de admitir terdicto es aplicable al solo caso de que los actos ó acuerdos de los tamientos afecten á los intereses comunales.

corresponde. Esta idea que, con relación al arrendamiento, expone el art. 1.560 del Código, es exacta y conviene generalizarla á todos aquellos casos donde existe igual razón.

Así, por ejemplo, si el dueño desahucia al arrendatario en uso de su derecho, es evidente que no comete acto alguno de perturbación.

Tiempo.—El interdicto para prosperar ha de ser interpuesto oportunamente. «El Juez admitirá la demanda y acordará recibir la información—dice el párrafo primero del art. 1.653 de la ley de Enjuiciamiento civil—si aparece presentada aquélla *antes de haber transcurrido un año*, á contar desde el acto que lo ocasione. Si se presentase después—añade el párrafo segundo—declarará no haber lugar á su admisión, reservando al que la haya presentado la acción que pueda corresponderle para que la ejecute en el juicio que fuere procedente.» Y lo mismo dice la Real orden de 10 de Mayo de 1884 respecto de los casos en que la Administración pueda resolver por sí misma la posesión de sus bienes.

¿Por qué ese término? Porque á su expiración se pierde y se adquiere consiguientemente por otra persona la posesión, y no hay lugar en pro del primero á la protección posesoria, que nace *ipso facto* á favor del segundo. No se expresa correctamente el aludido artículo de la ley de Enjuiciamiento, puesto que habla de acto en singular, siendo así que en realidad se necesita una serie de actos, ó á lo menos la continuidad, la insistencia del primero. Así, si una persona ejecuta un día labores de cultivo en la finca de otro, claro es que el dueño de ésta puede desde luego promover el interdicto; pero si aquél no insiste en los actos de despojo y el propietario sigue cultivándola, ¿para qué y por qué va á entablarle? Si el dueño ó usufructuario de un terreno pasa un día por la finca de otro para ir á la suya y no vuelve á pasar más, puede el propietario del terreno por donde pasó entablar el interdicto, no cabe duda; pero si no lo interpuso durante el año siguiente al día en que se verificó la perturbación, sin que volviera á insistir en ella, ¿se entenderá que ha perdido el derecho á formularlo? En modo alguno, porque sigue teniendo la posesión de la cosa, y mientras la tenga goza de la protección posesoria, ó sea del interdicto.

El despojo requiere la insistencia; sea positiva, esto es, ejetar actos de tenencia (labrar, pasar), sea negativa, impedir (otro ejecute un derecho de que venía usando, como si el propie

rio de un terreno tapia ó coloca una valla para no dejar pasar por su finca al que ejercitaba el derecho de paso. Aquí hay un solo acto, la construcción de la valla ó tapia; pero una vez construída, la negativa del ejercicio de los actos del que se considera perturbado es constante.

El acto único de la perturbación, sí, da derecho al interdicto, porque lo da la intención de perturbar, que es menos grave; mas la pérdida del derecho de interponerle requiere la continuidad de la perturbación, porque, repetimos, sólo se extingue por la pérdida de la posesión.

Según se desprende de esto, si el que inquieta á otro en la posesión sigue perturbándole durante un año, sin que el perturbado se oponga, no puede ser á su vez molestado en la posesión; es decir, el que antes gozaba de la protección posesoria no goza ya de ella, porque, á tenor de lo dispuesto en el núm. 4.° del art. 460 del Código, ha perdido la posesión, que ha ganado á su vez el perturbador.

En tal sentido, la protección posesoria, ó sea el interdicto, arranca de la posesión de año y día. ¿Es este término requisito indispensable para poder ejercitar el interdicto? ¿Goza también de él el que posee ó detenta la cosa por menos tiempo?

La cuestión no es clara y acaso admite soluciones diversas, según la naturaleza de los casos.

El Código y la ley de Enjuiciamiento civil no señalan expresamente plazo alguno para la admisión del interdicto. El primero habla en términos generales de *todo poseedor;* la segunda exige que se justifique que el despojado ó aquel á quien se intenta despojar se halla en la posesión ó tenencia de la cosa, sin exigir tiempo determinado. Este silencio del legislador hay que interpretarlo en el sentido de que no es necesario el requisito de año y día, cuando pudiéndolo haber impuesto, no lo ha hecho así. Además, ya hemos repetido que la ley de procedimientos concede la protección de la acción interdictal, no sólo al poseedor, sino al que solamente disfruta de la tenencia.

En este criterio se han inspirado comentaristas como Ortiz de Zúñiga y Manresa. Pero sin que nosotros desconozcamos la fuerza de la ley escrita, creemos que existen razones para opinar en sentido contrario.

El espíritu del Código civil y la doctrina de la ley de Enjuiciamiento respecto al tiempo en los interdictos.—Ante todo, debemos

fijarnos en que la ley procesal habla del tenedor y del poseedor en general, sin señalar plazo alguno de posesión ó tenencia. Este silencio no puede interpretarse de un modo absoluto en el sentido de que la ley no exige tiempo, porque tampoco lo declara así de una manera expresa.

El fundamento cardinal estriba en que si el que ha sido perturbado no puede interponer el interdicto contra el perturbador si permanece un año perturbando, es porque éste ha adquirido la posesión y por tanto el derecho á ser mantenido en ella, ó sea á gozar del interdicto. La acción posesoria, en tal caso al menos, nace de la posesión de año y día.

Además, si no se requiere término alguno en la posesión ó tenencia, resultarán equiparadas la de año y día y la de menor tiempo, lo cual es inadmisible. Y extremando las consecuencias vendríamos á concluir en que podrá interponerse el interdicto contra el dueño ó el poseedor, lo mismo por una posesión de doce meses menos un día, que por la de un día, de una hora ó de un instante. Según esto, si una persona ejecuta durante unas horas actos de posesión ó de tenencia en la finca de otra, y ésta no lo consiente, aquélla podría promover el interdicto, alegando que había sido perturbado en su posesión, puesto que la ley no exige tiempo determinado. Es más: llevando el principio hasta sus últimas derivaciones, resulta que el mantenimiento, el goce de la posesión dependerá, no del que esté en posesión, sino del que entable antes el interdicto. Por ejemplo: *A* es dueño de una finca, *B* se introduce en ella y la labra unos días, un mes, sin consentimiento de *A*. Supongamos que *A*, propietario de la finca, se opone á que *B* siga labrando, *B* acude al Juzgado, acreditando que se halla en la posesión del fundo y que ha sido perturbado por *A*, y á tenor de la teoría del tiempo indeterminado, que pudiéramos denominar, se le mantiene en la posesión ó tenencia, á pesar de ser *A* el dueño de la finca y estar en la posesión de ella. ¿Es esto lógico y racional? No, ciertamente, y la prueba más palmaria que podemos ofrecer nos la suministra la sentencia ya citada de 15 de Octubre de 1890, donde el Tribunal Supremo, profundizando en la teoría de las acciones posesorias y esplayándose por la región de los principios, sintetiza la expresión de su pensamiento en estas palabras, harto significativas y que constituyen, por decirlo así, la clave de la recta

interpretación del art. 1.651 de la ley procesal: «La posesión y la tenencia derecha no se ganan por fuerza, ni por hurto, ni por precario, pues sólo debe ser amparado en ellas quien las haya por título y buena fe y *por tiempo de año y día.*»

La ley exige actualidad y persistencia en la posesión, mas como quiera que la persistencia supone un lapso de tiempo para manifestarse, de aquí que se haya prefijado el término de año y día, siguiendo las huellas de las legislaciones precedentes.

Se argüirá á este argumento: Es pertinente el discurso con respecto al dueño. Cierto que éste no pierde su posesión sino por el transcurso de año y día, y, consiguientemente, pasado dicho término, ganará la *possessio* el que esté poseyendo. Pero ¿y en el caso en que no exista dueño, ó en otros términos, cuando concurran dos poseedores por menos tiempo de año y día? Replicaremos que en el interdicto no hay concurrencia de posesiones opuestas, sino afirmación, mantenimiento de la que se prueba existente, y cuando la posesión no está clara y definida, por no reunir el requisito del tiempo, la cuestión puede degenerar en lucha de dos ó más posesiones, y consiguientemente declaración de preferencia de una sobre otra, lo que va contra la naturaleza del interdicto. Sospechamos, sí, que ateniéndose al rigorismo literal de la ley procesal, que habla de la tenencia, aun al mero tenedor se le otorgará en la práctica la protección posesoria del interdicto; pero no lo estimamos ajustado á los buenos principios de la ciencia y de la doctrina jurídica de la posesión. Si una persona acude al Juzgado formulando el interdicto y probando que se halla en la posesión de la cosa por más de un año, prevaldrá aquél y tendrá derecho á ser mantenido en la posesión. Pero si, en caso distinto, se formula un interdicto afirmándose, por un individuo cualquiera, hallarse en la posesión ó tenencia de la cosa, y el supuesto despojado manifiesta ser cierto que el reclamante ha ejecutado actos de posesión ó tenencia, pero que no ha sido durante un año, sino sólo dos meses, por ejemplo, y que él lleva tres ó cuatro en igual condición, ¿hay aquí interdicto? ¿Se podrá mantener en la posesión al que lo formuló? Entendemos que no: en tal caso, lo que se agita en el fondo es lo que hemos dicho antes, la concurrencia de dos ó más posesiones que se disputan la prelación en el derecho. Creemos que entonces rige el art. 445, ó en otros términos, que éste es aplicable á la posesión

ó tenencia de menos de año y día, tanto por virtud de la razón expuesta, como por abonarlo así diversas legislaciones extranjeras.

El que encontrándose *más de un año* en posesión legítima de un inmueble ó de un derecho real ó de una universalidad de bienes, se viese molestado en esta posesión, puede—dice el artículo 694 del Código italiano—dentro de este mismo año pedir se le mantenga en ella.

El Código portugués contiene artículos explícitos.

Dice el 488: «Si la posesión fuere de *menos de un año*, nadie podrá ser mantenido en ella ó restituído judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor. Se entiende mejor—añade el párrafo segundo del mismo artículo—la posesión abonada por título legítimo; á falta de éste, ó en presencia de títulos iguales, tiene preferencia la posesión más antigua; si las posesiones fueren iguales, se preferirá la actual; si ambas fueren dudosas, se depositará lo que sea objeto de ellas, en tanto no se decida á quién pertenece.» El art. 489 declara: «Si la posesión hubiere durado *más de un año*, será el poseedor sumariamente mantenido ó restituído, mientras no sea vencido en la cuestión de propiedad.»

El art. 519 del Código de Guatemala expresa: «El que posee una cosa para sí, sin violencia, ni clandestinamente, goza de los derechos siguientes: 2.° No está obligado á responder de la cosa en juicio sumario, sino en ordinario, cuando la ha poseído por *un año*.» El Código de Méjico contiene varias disposiciones: «Art. 955. El poseedor tiene derecho de ser mantenido en su posesión, siempre que fuere perturbado en ella. Art. 956. El poseedor tiene derecho de ser restituído á su posesión, si lo requiere, dentro de *un año*, contado conforme á lo dispuesto en el art. 953. (Se pierde también la posesión cuando otro posee la cosa por *más de un año*, que se contará desde el día en que comenzó públicamente la nueva posesión, ó desde aquel en que llegó á noticia del que antes la tenía, si comenzó ocultamente.) Art. 957. Si la posesión es de *menos de un año*, nadie puede ser mantenido ni restituído judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor, añadiendo el 958 que es mejor que cualquiera otra la posesión acreditada con título legítimo; á falta de éste, ó siendo iguales los títulos, la más antigua, y si fueser dudosas ambas posesiones, la cosa que se litigue se pondrá depósito.»

Como vemos, estas legislaciones distinguen entre la posesión de más ó menos de un año, distinción inútil si la protección posesoria fuese igual para una y otra. Esta armonía de las leyes de países distintos, indica que hay unidad de razón para ello, unidad que no puede ser otra sino la necesidad de señalar un límite, de fijar, aunque sea de manera sumarísima, la certeza de la posesión, de establecer, en una palabra, un período de tiempo para que el legislador pueda otorgar conscientemente su protección reparadora.

Esta es también la doctrina del Código civil, que al disponer en su art. 460, como uno de los modos de perder la *possessio*, la posesión de otra persona *aun contra la voluntad* del antiguo poseedor, por más de un año, autoriza la deducción correlativa de que éste la adquiere, y si el que la pierde no puede ejercitar el interdicto es porque el segundo tiene facultad para ello precisamente por virtud de la adquisición.

Nuestra opinión concuerda además con la de Laurent, el cual dice que por esta causa (posesión de año y día) la posesión es presunción de propiedad. En tanto que la posesión no ha durado un año—expresa,—el antiguo poseedor es el que conserva las acciones posesorias, siendo imposible concedérselas, por tanto, al nuevo poseedor. Y corrobora este criterio el texto del art. 23 de la ley de procedimientos francesa, en la que, extremándose la simplificación de la protección posesoria, llégase á estatuir que las acciones posesorias no podrán ser ejercitadas sino en el término de un año, á contar de la perturbación, y por aquellos que estén en posesión pacífica y no precaria un año por lo menos.

Finalmente, no debemos prescindir de citar en apoyo de los que sostienen el término de año y día como condición precisa para ejercitar el interdicto por razón de tenencia, la distinción que el Código mantiene entre la posesión por más y menos tiempo de un año. Recuérdese al efecto el art. 445 y el comentario que del mismo hemos escrito.

Si toda posesión ha de ser protegida por el interdicto, ¿qué significación ó qué valor dan los sostenedores de esta teoría amma al art. 445 del Código patrio? ¿Se trata acaso de letra rta?

rocedimiento.—El artículo que comentamos dice que la restin en la posesión se verificará por los medios que las leyes de

procedimientos establecen. Alude, pues, directamente al interdicto de la ley de Enjuiciamiento civil, porque es la ley procesal.

El interdicto es, en efecto, el medio especial y característico de la protección y restitución posesoria, pero no el único. Obedece esta distinción á la misma circunstancia antes expresada referente á la facultad privativa de la Administración; así como contra sus acuerdos no cabe el interdicto, tampoco necesita del interdicto para defender sus bienes y derechos; goza del derecho de recobrar por sí misma la posesión de sus bienes con tal que la usurpación sea reciente ó de fácil comprobación. En este punto es importante la Real orden de 10 de Mayo de 1884, dada con carácter general, en que se declara que la Administración puede recobrar por sí la posesión de sus bienes durante el término de un año á contar desde el acto de la usurpación, pasado el cual deberá acudir á los Tribunales ordinarios ejercitando la acción correspondiente. *(Véanse los apéndices números 3 y 4.)*

ART. 447. Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.

Concordancias.—Análogo al art. 452 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 12, tit. XXIX, Pat. 3.ª* Dan o cambian omes y a algunas cosas que non son suyas, e aquellos á quien passan por alguna destas razones han buena fe en tomandolas cuydando que aquellos de quien las reciben han derecho de las enajenar. E por ende dezimos que si aquella sazon que ganaron possession de las cosas ouieron buena fe, en auerlas assi como sobredicho es, maguer ante que los apoderassen, o despues la ouiessen mala cuydando que aquellos de quien las ou ron, non eran verdaderos señores, non les empece á ellos, nin sus herederos. Ca si fasta tres años fueren tenedores de aquel que assi tuuieron, ganarlo han por tiempo. Mas el que quisies

ganar por este tiempo la cosa que ouiesse comprada, conuiene en todas guisas que aya buena fe en essas dos sazones quando la comprase e que dure en ella fasta que sea apoderado en la cosa. Pero si aquel que fuesse apoderado de la cosa agena por donadio, o por vendida o por compra ouiesse mala fe en ella ante que la ganasse por tiempo assi como dicho es si despues la vendiesse o la enajenasse a otro, que supiesse que era ajena; este atal non la podría despues ganar por tiempo; porque ouo mala fe a la sazon que passo á ella.

Ley 9.ª, tit. XXIX, Partida 3.ª—Por tiempo queriendo ganar algund ome cosa mueble ha menester primeramente que aya buena fe en tenerla e que la aya por alguna derecha razon. Assi como por compra, o por donadio, o por cambio, ó por otra razon semejante destas...

Ley 18, tit. XXIX, Partida 3.ª—Las cosas muebles de como se ganan por tiempo auemos mostrado fasta aqui. E agora queremos mostrar e fablar de las otras cosas que son rayzes o incorporales como, e en que manera se pueden ganar por tiempo. E por ende dezimos que si algun ome rescibe de otro algunas cosa en buena fe de aquellas que se non puede mouer, assi como por compra, o por donadio, o por cambio, o por manda, o por alguna otra razon derecha.....

Ley 1.ª, tit. VIII, lib. XI, Novisima Recopilación.—Si alguno tuvo ó poseyó alguna heredad ó otra cosa á empeños ó encomienda ó arrendada ó alogada, ó forzada no se pueda defender por tiempo: que estos tales no son tenedores por sí, más por aquellos de quien la cosa tienen.

ART. 448. El poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar á exhibirlo.

Concordancias.—Igual al art. 453 del proyecto de Código 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 447 Y 448. - Los escritores que en sus tratados doctrinales del Derecho civil patrio vigente se han ocupado del art. 447, han coincidido en considerar que el principio que en él se contiene es una anticipación de la materia de la prescripción. La prueba de la exactitud de dichas afirmaciones nos la suministra el mismo Código repitiendo en los artículos 1.940 y 1.941 la misma doctrina, si no con idénticas, con muy parecidas palabras.

Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño, dice el art. 447, puede servir de título para adquirir el dominio. Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley. La posesión ha de *ser en concepto de dueño*, pública, pacífica y no interrumpida. Así se expresan los artículos 1.940 y 1.941.

¿A qué, pues, incidir en estas enfadosas duplicaciones que forman singular contraste con las lagunas que el análisis que venimos haciendo del Código nos va revelando?

Por lo demás, el artículo es una confirmación del concepto que nosotros hemos dado de la *possessio civilis*, en cuanto hacemos descansar su característica en la *convictio domini*.

Si la posesión civil se nos manifiesta como una anticipación de la propiedad, es llano que sólo teniendo el convencimiento de que la cosa que poseemos nos pertenece, podemos llegar, en ausencia de toda contradicción por parte del que se considere con mejor derecho, á consolidar el estado imperfecto posesorio, trocándolo en una relación dominical perfecta De aquí que cuando la *convictio* no existe; cuando, á la inversa, tenemos la persuasión firmísima de que la cosa que conservamos en nuestro poder, ó que disfrutamos, es de la propiedad de otra persona, el convencimiento negativo descarta la posibilidad de un título justo adquisitivo del dominio. Por esto el usufructuario, el usuario, el arrendatario, el acreedor pignoraticio, el que ejercita el *jus retentionis*, en tanto no pueden adquirir el dominio de la cosa usufructuada, arrendada ó dada en prenda, en cuanto carecen de la *convictio domini*.

No queriendo nosotros incurrir en los mismos defectos expositivos del Código, reservamos el desarrollo de la doctrina que en el artículo se establece para su oportuno lugar, y pasamos á estu-

diar el artículo siguiente, muy relacionado con el actual, no sin advertir antes el distinto concepto en que se emplea por el legislador la palabra *título* en los artículos 447 y 448. En el primero de ellos, su acepción es amplia y denota la causa de la adquisición posesoria; en el segundo, su significado se restringe á la manifestación documental, digámoslo así, de la causa. De aquí que en el art. 447 el título se refiere al acto jurídico de adquirir una cosa como dueño, bien por compra, por permuta, por donación, por testamento, por adjudicación en pago, etc., al paso que en el art. 448 la palabra título alude al documento en que consta la relación de dominio creada, y que, á virtud más bien de una reacción contra determinadas circunstancias históricas, que por ser una consecuencia de la presunción legal en el aludido artículo establecida, se libera al poseedor de su exhibición.

Hemos dicho que el art. 448 mantiene estrecha relación de familiaridad con su antecedente el 447. La simple enunciación de ambos preceptos lo evidencia. Si la posesión adquirida y disfrutada en concepto de dueño, es decir, con la *convictio domini*, constituye un título suficiente para prescribir, es llano que para que la presunción del justo título pueda descansar sobre una firme base, ha de ser requisito substancial que el poseedor á quien haya de amparar el supuesto *juris* del justo título lo sea en concepto de dueño.

La presunción á que el artículo se contrae no es la del título, sino la de la justicia del título. Sintetizando, podríamos afirmar que la presunción del art. 448 no es en definitiva sino una modalidad del axioma tan repetido en estos comentarios: *Omnis praesumitur bonus donec probetur malus*.

La presunción del justo título es, á nuestro juicio, una amplificación de la presunción de buena fe. Justo título, dice el artículo 1.952, es el que legalmente basta para transferir el dominio ó derecho real, de cuya prescripción se trata. El justo título es, por tanto, traslativo del dominio; pero encierra, como expresa científicamente el Código de Guatemala, alguna circunstancia que le convierte en ineficaz para generar por sí mismo la transición. De aquí que requiera el *tempus*.

De lo expuesto se deduce que el art. 448 que estamos comendo, al establecer que el poseedor en concepto de dueño tiene á avor la presunción legal del justo título, lo que quiere expresar

es que en todo caso se presume que el que posee con la *convictio domini* desconoce las circunstancias ó defectos que, recayendo en su título, impiden que éste por su sola eficacia sea traslativo del dominio. Véase ahora patente el enlace íntimo que media entre la presunción de buena fe y el artículo en cuyo estudio nos estamos ocupando. Pudiera creerse que la interpretación que hemos dado á la presunción del justo título establecida en el art. 448, contraría por su índole restrictiva las generosas tendencias del legislador, pero esta sospecha quedará desvanecida si se medita un instante en la disonancia jurídica, que de otra suerte se produciría entre el art. 448 que paladinamente habla de la *presunción del justo título*, y el 1.954, en el que sin rebozo se proclama el principio de que *el justo título no se presume nunca*. ¿Cómo armonizar esta antinomia? Sólo mediante la interpretación que nosotros hemos dado. Considerando la presunción del justo título como un aspecto de la presunción de buena fe, llégase sin violencia á la regla consignada en el art. 1.954, y que no es otra sino la de que quien alegue prescripción, debe probar la existencia del justo título.

Termina el artículo expresando que al poseedor en concepto de dueño no se le puede obligar á exhibir el título.

Muchos Códigos extranjeros, teniendo en cuenta que la consignación de esta dispensa en favor del poseedor tuvo su origen en circunstancias históricas, hijas de un régimen social ya desterrado, y no echando en olvido que el poseedor tiene en su misma posesión la mayor de las garantías, por cuanto arguye la relevación de prueba á virtud del antemural que forman las presunciones defensivas, han omitido expresar un precepto de todo punto innecesario.

Algunos Códigos, sin embargo, han creído conveniente mencionar la presunción del justo título y la liberación de exhibirlo. Así, por ejemplo, el Código austriaco, en el art. 323, expone que la presunción legal del justo título estará siempre á favor del posedor y nadie podrá obligarle á que lo presente, añadiendo el artículo 324: «ni aun en el caso en que alguno pretenda que no puede conciliarse la posesión del adversario con otras presunciones legales».

En nuestra patria, el Código tortosino, ya citado en otras ocasiones, nos ofrece un precedente curioso en la Cost. 1.ª, Rúbrica 7.ª, lib. III.

A tenor del referido Código (1), ningún poseedor está obligado á manifestar el título en virtud del cual posee la cosa, ni el Tribunal puede tampoco forzarle á ello.

Según Oliver, esta disposición no tiene otro fundamento que el odio al feudalismo y á los derechos feudales, uno de los cuales consistía precisamente en exigir de todos los que poseían tierras en los territorios señoriales, la presentación de título con el objeto de apoderarse los señores de aquellas fincas cuyos poseedores no podían presentar título de adquisición.

Y con lo expuesto concluímos, porque las disposiciones de los artículos son tan llanas y sencillas que consideramos innecesario detenernos un momento más en su estudio.

ART. 449. La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste ó se acredite que deben ser excluídos.

Concordancias.—Igual al art. 454 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Sin precedentes en la legislación que ha venido rigiendo hasta la promulgación del Código; sin la más leve referencia en el proyecto de 1851, es preciso avanzar hasta el artículo 454 del proyecto de 1882 para encontrar la primera huella de la presunción en cuyo estudio nos vamos á detener breves momentos.

---

(1) Cost. 1.ª, Rúbrica 7.ª, lib. III, *Código de las Costumbres.*

«Leja cosa es e sens rao, que negu sia forçat de nomenar ne de di ser quin titol posseesca cosa que ell te ne posseex; e per a sta rao nuyl hom no es tengut ne pot esser forçat qu' el no- n ne diga son titol per que posseeyx. Excextats dos cases; co es á ser: que si negu possey bens de defunt com a hereu que o ha a d 'els posseyx axi com a hereu o com a posseydor o successor.»

Paulo en el libro 25 de los Comentarios á Sabino, ley 30, título 2.º, libro 41 del Digesto, se expresa del modo siguiente: *Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse; idem dici debet et de nave et de armario.* Esto es: el que posee toda la casa, no parece que posee cada una de las cosas que están en el edificio. Lo mismo se dice de la nave y del armario.

La legislación romana, como es visto, siguió un rumbo distinto del adoptado por nuestro Código. Hubo sin duda de predominar entonces un espíritu estricto de equidad. Ciñéndose el legislador patrio al principio de que lo subordinado sigue la ley de lo principal, ha considerado que la cosa mueble colocada dentro de un edificio ó en un predio, tiene la categoría de accesoria en cuanto se destina para el uso, aprovechamiento ú ornato de lo principal, que es la casa ó el fundo; pero comprendiendo al propio tiempo que sancionar una regla generalísima sin admitir excepciones justificadas sería poco equitativo, ha comunicado al precepto la condicional de toda presunción, estatuyendo que si bien la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, esto se entiende solamente mientras no conste ó se acredite que deben ser excluídos.

La diversidad de criterio que hemos tenido ocasión de observar entre el Derecho romano y el vigente Código, ha generado dudas y recelos respecto de la justicia del artículo que comentamos.

Así, por ejemplo, el respetable civilista Sr. Falcón considera la presunción que en dicho artículo se establece de muy discutible equidad. No siempre, añade, los objetos muebles introducidos en un predio pertenecen al poseedor del predio; hay violencia en presumirlo así porque el hecho no es tan general que justifique la presunción. Y aunque se reconoce el derecho de practicar prueba en contrario, al fin esto colcca en situación muy inferior al que se ve obligado á hacerla.

Estimamos muy juiciosas y meditadas las palabras del citado catedrático, con tanto más motivo cuanto que, si descendemos del campo puramente crítico al terreno experimental en que la realidad se nos ofrece, notaremos que la controversia que se suscite entre el poseedor de la cosa raíz y el que se crea con derecho a determinados muebles ú objetos que se hallen dentro de ac-

lla, habrá forzosamente de resolverse ante los Tribunales por los trámites dispendiosos de un litigio. El poseedor del bien raíz alegará en su apoyo la presunción que el art. 449 le otorga, quedando relevado por esta misma circunstancia de toda prueba. A la inversa, el que invoque el dominio ó posesión de los objetos muebles que en la cosa raíz se encuentren estará en la obligación de demostrarlo cumplidamente para el buen éxito de su acción.

En último término, el bien inmueble ó raíz, por una especie de fenómeno de atracción, llamará hacia sí á las cosas ú objetos muebles que en él se encuentren, generándose un privilegio en favor de la posesión de los bienes inmuebles, puesto que contarán en su apoyo con una *presumptio* de que carecen las cosas muebles.

Hemos expuesto antes que el Código se ha inspirado, al trazar el art. 449, en el axioma jurídico de que lo subordinado ó accesorio sigue la ley de lo principal Pero, ¿basta que una cosa ú objeto mueble se encuentre dentro de un bien inmueble ó raíz, para que por este mero hecho adquiera la categoría de cosa accesoria?

Opinamos negativamente. En este sentido, el legislador procede con error, porque no hay razón para reputar accesorio un bien mueble por el hecho accidental de encontrarse dentro de una cosa raíz.

El art. 449 generaliza y sienta un principio único innecesariamente, porque la intención del sujeto, que es, después de todo, lo que la ley trata de suplir por virtud de la *presumptio*, habrá de derivarse en cada caso de la voluntad reflejada por el hecho en que encarne la relación jurídica.

Precisamente por esta razón los legisladores extranjeros han cuidado mucho de no cobijar con el manto de la presunción un precepto que, cual el que nos ocupa, si por un lado refluye en la perfección del texto, de otro dá margen á consecuencias no muy equitativas.

Las presunciones posesorias constituyen un elemento necesario cuando afectan á la esencia de la personalidad, ó á la de las laciones del hombre para con las cosas; cuando, de no admitirse, se destruiría ese armonismo mutuo donde coexisten todos derechos; pero las presunciones son un elemento perturbador ando se las prodiga innecesariamente y sobre todo cuando fin-

gen una voluntad que ha de mostrarse al exterior reflejada por los mismos actos posesorios. Esto último es precisamente lo que ocurre con la presunción que estudiamos. La posesión de las cosas ú objetos muebles, en la hipótesis del art. 449, implica necesariamente la de la cosa raíz. De aquí que, al adquirir la posesión de esta última, del título habrá de derivarse si la posesión se extiende á las cosas ú objetos muebles, ó si, á la inversa, quedan exceptuados expresamente.

La prueba de esta evidente exteriorización antagónica de los principios de toda *presumptio* nos la brinda la realidad.

Si yo, por ejemplo, vendo un invernáculo y en él existen plantas, parece desprenderse que la transmisión comprende, no sólo el edificio, sino las plantas que en él se guardan. ¿Por qué esto? Porque la relación jurídica creada mediante la venta denota la intención de que el invernáculo cumpla su destino. Pero imaginemos que *A* cede á título oneroso una casa de campo en la que, por capricho, ha reunido un lujoso mobiliario. ¿Se entenderá transmitido el mobiliario? Intuitivamente se responderá en sentido negativo, y es que lo mismo el sabio que el vulgo siente el derecho, y sin dar espacio á la reflexión, expone su juicio con la ingenuidad del sentimiento.

El legislador medita y reflexiona. Acaso se elaboró el art. 449 con la intención movida por el deseo de moldear en la unidad estas disparidades con que el sentir irreflexivo del derecho había de revelarse en las alternativas variables de la práctica. Pero por esto mismo, la presunción, al cerrar el paso á las soluciones de la intuición jurídica, hubo forzosamente de distanciarse en muchos casos de la equidad. Y esta es la tacha más acerba que puede dirigirse contra la presunción establecida en el art. 449.

Plegándonos ya á los términos en que se encuentra redactado el artículo, notemos que habla de la posesión genéricamente. Es decir, que según el criterio del legislador, derivado del sentido literal de sus palabras, la presunción es aplicable lo mismo al poseedor natural que al civil, al que posee en nombre propio que *alieno nómine*. Tal es la ley. Sin embargo, dado el conjunto de circunstancias que han de mediar para que la presunción pued regir, no sería aventurado sostener que en la mayoría de l casos sólo el que posea la cosa raíz en virtud de justo título pod alegar á su favor la presunción del art. 449. La razón es obvi

La transmisión legal constituye, por decirlo así, el arquetipo de los modos adquisitivos posesorios, y al transmitirse la posesión de una cosa raíz dentro de la cual hubiere cosas ú objetos muebles, es precisamente cuando ha de presentarse la ocasión propicia para aplicar el supuesto *juris* del artículo que comentamos, siempre que, y esto es llano, en el título no se excluyan exprofeso de la transmisión dichas cosas ú objetos.

La regla ha sido dictada acaso para proteger la actualidad posesoria, valga la expresión, de las cosas muebles; pero su elasticidad es tal, que apurando las consecuencias se llega, como antes hemos expresado, á soluciones no muy en armonía con la equidad.

No queremos abandonar el comentario de este artículo sin fijarnos antes en una locución original, que, por lo mismo que quebranta la nomenclatura adoptada por el Código, debe indudablemente alterar su sentido. «La posesión de una cosa raíz supone la de los *muebles y objetos* que se hallen dentro de ella.»

¿Por qué á la palabra *muebles* se le agrega el vocablo *objetos*, cual si se tratase de conceptos distintos? Fijémonos ante todo en que la voz «muebles» se nos ofrece completamente aislada, es decir, sin que le preceda la palabra bienes. Cuando se use tan solo la palabra «muebles», expresa el segundo párrafo del art. 346, no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas ó artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías ó carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar ó alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la ley ó de la disposición individual resulte *claramente* lo contrario.

El art. 449, que estamos comentando, ¿usa de la palabra muebles en el sentido limitado que expresa el art. 346? Opinamos afirmativamente, y nos induce á este criterio el aditamento de la palabra objetos. Mediante el uso aislado de la voz «muebles» se ha querido referir sin duda, y con respecto á los bienes raíces habitables, á todas aquellas cosas que tienen por principal destino amueblar ó alhajar las habitaciones. Con el vocablo *objetos* acaso l tratado de aludir á las demás cosas que, sin ser dinero, cré- (os, alhajas, libros, armas, colecciones, etc., tampoco pueden (aprenderse en la categoría de mobiliario propiamente dicho,) bigracia, el arado ó el trillo que se encuentren en un predio.

Si no ha sido este el pensamiento del legislador, confesamos paladinamente que ni comprendemos ni podemos justificar el empleo de la locución *muebles y objetos*.

ART. 450. Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. La interrupción en la posesión del todo ó parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual á todos.

Concordancias.—Análogo al art. 455 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Según el art. 399, inserto en el título que trata de la comunidad de bienes, el condueño puede enajenar y gravar su parte; pero ésta que, como dijimos allí, es ideal y abstracta, no se concreta y materializa hasta que se divide la cosa común. Entonces, el efecto de la enajenación ó de la hipoteca se limita á lo que se le adjudique en la división.

Ahora bien: en armonía con este artículo, guardando justa correspondencia con él, está el que comentamos.

Si al cesar la comunidad por división se considera dueño á cada ex-partícipe de la parte que le cupiere en la propiedad, es necesario, es consiguiente admitir también que el comunero ha poseído durante la indivisión, no toda la cosa, sino exclusivamente la porción ó parte que le ha sido adjudicada. Así, si una casa estaba poseída por varias personas, *A*, *B* y *C*, y se divide entre ellas, adjudicando á cada una un piso, á *A* el bajo, á *B* el principal y á *C* el segundo, hay que admitir para los efectos legales que cada uno de ellos ha poseído sólo el piso que le ha correspondido en la división. Al extinguirse la comunidad por división de la cosa, nacen tantos dominios ó propiedades distint

unos de otros é independientes como las partes en que se divida, y por tanto, cada uno con sus efectos peculiares.

El artículo, aparte de ser una consecuencia natural del 399, se halla establecido con referencia á la prescripción adquisitiva. Es verdad que la comunidad de bienes presupone la propiedad, como lo indica, sin duda alguna, el art. 392, al decir que «hay comunidad cuando la *propiedad* de una cosa ó de un derecho *pertenece* proindiviso á varias personas»; pero pueden existir casos en que la relación de propiedad sea negada, y en ellos tiene aplicación el precepto del artículo. Varias personas están poseyendo de buena fe una casa por haberla comprado con justo título á quien creían dueño. Un tercero trata de reivindicarla después de haberla dividido los comuneros, y en tal caso cada uno de éstos puede alegar en cuanto á su parte la posesión de ella durante el tiempo de la indivisión; esto es (como expresa con gran claridad el art. 535 del Código de Guatemala): el comunero podrá añadir el tiempo que poseyó indiviso al de su posesión exclusiva. De esta manera, en el caso presentado, si estuvo poseyendo proindivisamente, seis años, por ejemplo, con buena fe y justo título y cuatro individualmente con iguales requisitos, y un tercero trata de reivindicar la parte adjudicada al condueño, no lo conseguirá por haber adquirido éste el dominio con arreglo al art. 1.957.

A la posesión individual hay que agregar el tiempo de la que fué común. Ambas, por una ficción legal, constituyen una sola. La anterior á la división y la subsiguiente á ésta, se unen, se confunden. La posesión se halla englobada, confusa, indistinta, durante la comunidad; al extinguirse cesa la confusión, y se concreta en una porción ó parte determinada, retrotrayéndola á todo el tiempo que duró la proindivisión.

La división es un modo de cesar la comunidad, el característico y tradicional; pero existen además otros, según expusimos en su lugar oportuno (artículos 400 á 406), la consolidación del dominio, esto es, la adjudicación á uno de los condueños, previa indemnización á los demás. En este caso, ¿habrá lugar también la ficción del artículo? Opinamos negativamente. El precepto se refiere con exclusividad al de la división de la cosa común, porque entonces de la cosa común que existía se constituyen tantas como partes se formen, y es cuando precisa determinar qué parte se consideró poseída por cada partícipe durante la in-

división. Este es un caso especial que exige asimismo ley ó precepto particular. Mas cuando la cosa no se divide, sino que pasa íntegra, total, á un comunero ó á un extraño, rige la ley general. Es lo mismo que si no se tratase de cosa que fué poseída en común, porque es como si la comunidad no hubiera existido. Con relación al nuevo poseedor, la comunidad forma una unidad, es uno el que transfiere la propiedad ó la posesión, é incide en el caso general, ó sea en el de la continuación de la posesión por transmitir una persona á otra su dominio ó posesión sobre una cosa.

De aquí se deduce también que el párrafo primero del artículo es sólo aplicable á las cosas divisibles, porque requiere para su vigencia la división de la cosa.

El fin principal del precepto que estudiamos atañe á la prescripción adquisitiva. Demuéstralo así el párrafo segundo del mismo, según el cual, «la interrupción en la posesión del todo ó parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual á todos», puesto que la interrupción de la posesión concierne á la adquisición del dominio, conforme indican los artículos 1.943 y 1.944.

Decir comunidad equivale á decir proindivisión de la cosa, solidaridad de derechos y de obligaciones entre los comuneros. De aquí el afirmar el párrafo segundo que la interrupción perjudicará á todos, sea de *toda* la cosa poseída en común, sea de parte de ella. Mientras dura la comunidad no hay parte peculiar y propia de cada comunero; es una masa, una colectividad cuyos efectos y consecuencias repercuten por igual sobre los varios partícipes.

Así, por ejemplo, si una persona interrumpió la posesión de una cosa poseída en común por varios, ejecutando en uno de los pisos actos de posesión, esta interrupción perjudicará no sólo al que se le adjudique el piso por virtud de la división, sino á todos los demás comuneros. En tanto no se divide la cosa, ésta es una y hay también unidad de efectos en cuanto á ella se refiere.

Una cuestión hemos de examinar derivada del art. 1.948. Según éste, cualquier reconocimiento expreso ó tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño, interrumpe asimismo la posesión. Si el dueño ó poseedor es uno, no hay duda; pero en el caso de la comunidad asalta á primera vista la de si el reconocimiento hecho por uno de los comuneros perjudicará á los demás por virtud de la disposición del artículo objeto de nuestro examen.

El tenor de los artículos induce á contestar afirmativamente. La interrupción en la posesión—dice el 450—perjudica á todos. La interrupción—añade el 1.948—se verifica por el reconocimiento expreso ó tácito del derecho del dueño; luego si uno de los comuneros ha reconocido el derecho del tercero, se ha interrumpido la posesión común, y todos sufren el perjuicio consiguiente.

Tal interrupción, hija de la letra del artículo, nos parece extraña al espíritu de la ley y poco acomodada á razón, porque induciría al extremo absurdo de que por la mala fe de un comunero perdiesen los demás su derecho. Si un partícipe reconoce voluntariamente el derecho de un tercero sobre la cosa común y por este solo reconocimiento se entiende interrumpida la posesión respecto de todos, resultará que los actos de uno determinarán y decidirán del derecho de la mayoría. No: esto es inadmisible. Si para la administración de la cosa común es necesario el concurso de todos los comuneros, ¿cómo no ha de serlo para el efecto de la adquisición y pérdida del dominio ó de la posesión? ¿Cómo ha de quedar al arbitrio de uno de los partícipes los derechos de todos los comuneros? La comunidad implica solidaridad, y la disposición del párrafo segundo del artículo se refiere á la interrupción, que llamaremos también solidaria, integral, que afecte á todos los comuneros, á lo que sea producto de la voluntad colectiva, no de la de uno de ellos. Existiendo proindivisión, los partícipes tienen iguales facultades, y para la adquisición y extinción de derechos se necesita el concurso de todos, ó al menos en algunos casos el de la mayoría.

Justifica nuestro criterio el precepto legal cuando habla de interrupción del todo ó *parte* de la cosa común. Basta, como vemos, con la interrupción en la posesión de una parte de la cosa, para perjudicar á los comuneros, y es que todos tienen igual derecho sobre la totalidad, la integridad de la cosa. Es un derecho solidario, íntegral, y afirmamos de nuevo que sólo puede ser destruído ó modificado solidariamente también, esto es, por la intervención, por el concurso de los sujetos de él.

ART. 451. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

Se entienden percibidos los frutos naturales é industriales desde que se alzan ó separan.

Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción.

Concordancias.—Análogo al art. 429 del proyecto de Código de 1851, é igual al 456 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 39.* A buena fe compran los omes, o ganan casa, o heredamiento ageno, cuydando que es suyo de aquellos que lo enagenan, ó que han derecho de lo fazer: e acaesce, que viene despues el verdadero señor della, e demandagela, e vencelo en juyzio. E en tal caso como este decimos, que el señorio de los frutos que ouiesse recebido, e despendido del heredamiento este vencido, que deuen ser suyos por la obra, e por el trabajo que lleuo en ellos, fasta que el pleyto fue comenzado por demanda, e por respuesta; e non es tenudo de los dar al vencedor, maguer lo entregue de la heredad. Mas los que non ouiesse despendido tenudo seria de los tornar al señor de la heredad sacando primeramente las despensas que ouiesse fecho sobre ellos. Otrosi dezimos: que si los frutos que ouiesse recebidos, fuessen de tal natura, que non viniessen por lauor de omes, mas por si se los diesse la heredad; assí como peras, o manzanas, o cerezas, o nuezes, o los frutos semejantes destos, que han los árboles por si naturalmente, e sin lauor de ome; que estos atales tenudo es de los tornar con la heredad, maguer los haya despendido a buena fe: e si por auentura ouiesse mala fe, en comprando la cosa, o en auiendola en otra manera, sabiendo que non era suya de aquel que gela enageno; estonce, maguer ouiesse despendido los frutos que ouiesse recebidos de la heredad, tenudo seria de pechar el precio dellos, sacando todavia las despensas que ouiesse fecho en razon dellos.

ART. 452. Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales ó industriales, tendrá el poseedor derecho á los gastos q

hubiese hecho para su producción, y además á la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión.

Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho á ser indemnizado de otro modo.

Concordancias.—Análogo al art. 430 del proyecto de Código de 1851 y al 457 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del artículo anterior.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 451 Y 452.—El principio cardinal de estos artículos, contenido en el párrafo primero del 451, aparece conjuntamente consagrado por la tradición y la universalidad. Lo consignó el Derecho romano en la ley 48, tít I, libro 41 del Digesto *(Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam est aliena re suos interin facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam prius quam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt...)*, lo admitió la legislación de Partidas, como es de ver por los precedentes expuestos, y se encuentra en los Códigos extranjeros. Nuestro legislador se ha inspirado directamente en el Código lusitano.

Este acuerdo de los legisladores de tiempos diversos y de variedad de pueblos, revela lo justo del precepto y la imposibilidad de sustituirlo por otro sin caer en la arbitrariedad y en el desorden. No es sólo la razón alegada por las Partidas la que abona la necesidad del precepto, es á saber: *La obra y el trabajo que*

llevó en los frutos, razón económica, de puro interés; es la esencia de la posesión la que así lo exige.

La posesión lleva consigo la percepción de los frutos de la cosa poseída; los frutos percibidos son de la pertenencia del poseedor, mientras tenga este carácter, y como no lo pierde en tanto no sea vencido en juicio, privarle de los frutos sería despojarle de lo suyo. Podrá ciertamente argüirse en contra de la generalidad de la regla que acabamos de sentar, pero aclararemos el concepto exponiendo que la consideración alegada es solo pertinente con respecto al poseedor de buena fe. El poseedor con este carácter se presume que ha poseído, hasta que se demuestre que su posesión era viciosa: el poseedor de mala fe, una vez probada ésta, se deduce que nunca ha poseído. Por eso, éste último abona los frutos percibidos, mientras que al primero se le conceden, porque, en puridad, no se hace sino otorgarle lo que es suyo. En tanto no venga una persona á vencerle en la posesión, ésta es legítima, y aunque sea vencido, los efectos de la victoria no pueden llevarse más allá del momento en que se entabló la lucha. Hasta entonces ha sido un poseedor legítimo, con todos sus naturales efectos, entre los que figura, como uno de los más importantes, la percepción de frutos.

El derecho á percibir los frutos (esto es lo que en el fondo determina el art. 451 al no obligar al poseedor de buena fe á devolver los percibidos) dura hasta que sea interrumpido legalmente en la posesión. El motivo es obvio y queda explicado: hasta el momento referido es un poseedor con todas las garantías y consecuencias de la ley.

La interrupción ha de ser legal: ¿qué se quiere expresar con estas palabras? Formulamos la pregunta, porque el art. 1.943 dice que la posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural y civilmente; lo primero, según el art. 1.944, «acaece cuando se cesa por cualquier causa en la posesión por más de un año, y lo segundo, conforme al 1.945, por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por Juez incompetente. Ahora bien: el concepto «interrupción legal» podría tratar de aplicarse al poseedor natural y al civil, sobre todo en caso de liti
y desde luego más que por convicción de justicia, por interés
defensa.

Para nosotros, la cuestión es clara: la interrupción, tanto

tural como civil, de que hablan los artículos 1.943, 1.944 y 1.945, concierne únicamente á la referente á la prescripción, y así lo dice de manera expresa el art. 1.943.

La aludida por el art. 451 es, sí, interrupción civil, pero propia, adecuada á la cuestión de la buena ó mala fe en la posesión.

Esta cualidad (buena ó mala fe) es, según dijimos en el comentario de los artículos 433 y 434, de índole esencialmente interna, puesto que es moral y subjetiva. Por esto el Código presume siempre la buena fe, y aunque en algunos casos, que comentamos en dichos artículos, quepa presumir la mala fe, lo cierto es que en el terreno estrictamente legal la buena fe se supone siempre existente, y esta aureola de perfección legal no se desvanece sino por una probanza plena que justifique lo contrario. Resulta de aquí que la buena fe, si bien se presume, no es concepto absoluto, hasta que se afirme plenamente en virtud de la controversia, porque no es indiscutible, toda vez que cabe impugnarla. En una palabra: la determinación de la buena ó de la mala fe, con relación á la percepción de frutos, supone una discusión jurídica, un litigio.

Todo poseedor goza de la presunción de que lo es con buena fe; para que pierda este carácter, hay que demostrar que posee con mala fe, demostración que exige la contienda judicial, el pleito. En él se ha de discutir el título por que se le transmitió la posesión ó el modo con que la adquirió; la existencia de aquél ó el conocimiento de sus vicios en caso de existir. La interrupción, pues, á que atañe el art. 451 es la motivada por pleito sobre la posesión definitiva ó la propiedad, no por el interdicto ó el sumarísimo del art. 445, en el que se discutirá acerca del mejor derecho á la mera posesión, mas no respecto del derecho con que se posee, que es donde radica el punto de la buena ó de la mala fe.

Pero el pleito no es un acto aislado, ni se decide en un instante; comprende una serie de actos y un período más ó menos largo de tiempo. ¿Desde qué acto ó desde qué instante habrá que considerar interrumpida la posesión para el efecto de percibir ó los frutos? Si la percepción depende del particular de la existencia de buena ó mala fe en el poseedor, claro es que en puridad no debiera existir interrupción mientras no quedase afirmado categóricamente tal punto, lo que no sucede hasta el acto ó momento

en que se hace la declaración correspondiente, es decir, se pronuncia el fallo y queda firme. Esto es indudable. En tanto que no se dicte sentencia, se desconoce la naturaleza de la posesión, se ignora si se posee bien ó mal, y por tanto, no es posible determinar legalmente nada acerca de la percepción de frutos. Si el poseedor se presume de buena fe, mientras no conste lo contrario, es derivación lógica que sólo hasta que se dicte resolución judicial definitiva hay que considerarle con tal carácter porque entonces es cuando lo pierde. En este sentido, llevando el principio hasta sus últimas consecuencias, es lícito afirmar que el poseedor actual, la persona que esté poseyendo en el momento en que se le interrumpa, debe seguir percibiendo los frutos, aun durante el litigio, mientras no se determine si ha habido buena ó mala fe. Puede suceder que el que haya entablado la reclamación desista de ella, y, por tanto, en el terreno del rigorismo jurídico, resultaría impropio privar al poseedor de la percepción de los frutos, en tanto no quede evidenciada su mala fe.

Ahora bien: frente á esta consideración surge otra. Es justo que el poseedor no debe perder su derecho á la percepción de frutos hasta que sea vencido en la posesión, pero una vez pronunciado el fallo, es preciso retrotraer sus efectos al instante en que se le interrumpió en aquélla.

¿Qué momento será éste? En nuestro entender, el de la citación con la demanda. Fundámonos en dos razones: primera, el lenguaje del artículo que habla de interrupción en la posesión, lo cual se verifica á contar de la demanda; segunda y principal, porque á partir de tal momento cambia el carácter de la posesión, convirtiéndose de buena en mala fe. Hasta entonces, el poseedor que ha ignorado los vicios del título, es de buena fe; á partir de aquel instante, como en la demanda se le revelan aquellos vicios, se convierte en poseedor de mala fe, y por tanto, no debe percibir los frutos que produzca en adelante la cosa poseída. Existe un precepto español y varios extranjeros en pro de nuestra opinión. Es el primero el mismo art. 452 que comentamos, el cual se refiere al caso en que se hallen pendientes frutos naturales ó industriales *al tiempo de cesar la buena fe*. Entre los segundos se encuentra el art. 495 del Código portugués, que concede al poseedor de buena fe los frutos naturales ó industriales producidos por la cosa, y que fueron cogidos antes del día en que

cesó la buena fe; el 703 del italiano, declarativo de que «el poseedor de buena fe hace suyos los frutos y no está obligado á restituir más que los percibidos *con posterioridad á la demanda*», y el 526 del guatemalteco, que obliga al poseedor de buena fe á restituir los frutos percibidos desde que *es citado con la demanda*.

Este es el momento que hay que señalar como línea divisoria entre la buena y la mala fe del poseedor, en el que verdaderamente se deslinda una y otra, no debiendo equipararse ó ser sustituído por el de la contestación á la demanda (que era el señalado por la ley de Partidas), porque, aparte de las razones dichas, el poseedor puede no contestar á la demanda, y no debe servir de base á una distinción jurídica un término incierto.

Sentado por el Código el principio capital en cuanto al derecho del poseedor de buena fe á los frutos percibidos, pasa á determinar la extensión del derecho en relación con la clase de frutos.

Los naturales é industriales se entienden percibidos, es decir, pertenecen al poseedor de buena fe, y no tiene que devolverlos al que le interrumpió en la posesión, desde que se alzan ó separan; pero como mantener lo absoluto del principio resultaría injusto en algunos casos, de aquí el precepto del párrafo primero del artículo 452, declarativo de que si al cesar la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales ó industriales, tendrá el poseedor derecho á los gastos que hubiese hecho para su producción, y además á la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión. La regla es justísima, porque si de buena fe el poseedor ha gastado en la producción de los frutos, es de rigor que se le abonen los gastos y que obtenga la parte proporcional debida á su trabajo. Aunque el artículo menciona á los frutos naturales é industriales, refiérese principalmente á los segundos, porque son los producidos por los predios en virtud del trabajo humano.

En cuanto á la especie «cría de los animales», entendemos que sólo pertenecerán al poseedor los nacidos, tanto porque el art. 452 habla de los frutos pendientes, y si bien se refiere á las producciones de los predios, es lo cierto que el fruto animal se halla pendiente de nacimiento mientras está en el vientre de la madre, como porque el art. 357 se los concede al propietario de la madre en este caso, no pudiendo pertenecer, por tanto, á un tiempo á él y al poseedor.

El derecho del poseedor de que acabamos de hablar no es absoluto; depende de la voluntad del propietario. Decimos esto, en atención á que el párrafo tercero del art. 452 otorga al dueño el derecho de conceder al poseedor la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como equivalencia á la indemnización establecida en el párrafo primero del mismo artículo, y hasta tal punto depende del propietario el derecho aludido, que si el poseedor no acepta la concesión de aquél, pierde todo derecho á la indemnización. No puede optar entre uno ú otro modo; debe someterse á la decisión del propietario.

Los frutos civiles se estiman poseídos día por día, correspondiendo al poseedor en tal proporción. El principio es acomodado á la naturaleza de los frutos, como lo indica el que rija igualmente respecto del usufructo.

Habla el art. 452 de las cargas, manifestando que se prorratearán del *mismo modo* entre los poseedores. ¿Qué quieren decir estas palabras? Pensamos que su significación es la de que se han de satisfacer proporcionalmente también al tiempo de la posesión, tanto con relación á los frutos naturales é industriales, á los que parece referirse directamente, como á los civiles. En unos y otros rige igual razón: el de que quien goza de los beneficios de una cosa debe responder asimismo de las cargas, y para regularlos hay que establecer entre ambos la debida proporcionalidad.

ART. 453. Los gastos necesarios se abonan á todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, ó por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Concordancias.—Anúlogo al art. 432 del proyecto de 18 ó igual al 458 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Partida 3.ª, título XXVIII, ley 44.* —Despensas fazen los omes en las casas, e en las heredades agenas que tienen, non faziendo y de nueuo alguna cosa, mas refaziendo, o enderezando los edificios en los lugares do es menester, o faciendo y algunas otras cosas, que son prouechosas a la casa, o a la heredad. E en tal caso como este, dezimos, que aquel que las despensas fiziere, que sean menester de fazerlas, que las deue, e las puede cobrar, de mientra que fuere tenedor de la casa, o de la heredad en que las fizo, quier aya buena fe, quier mala en teniendola; e maguer el señor de la casa, o de la heredad lo venciesse della en juyzio, non gela deue ante entregar, fasta quel de lo que despendio en esta razon. Empero, si el esquilmó algunos frutos, o rentas de la casa, o de la heredad, en quanto la tuuo, tenemos por bien, que se descuente en las despensas: ca guisada cosa es, que pues que el quiere cobrar las despensas que assi fizo, que descuente los esquilmos. Otrosi, dezimos que si el fizo despensas prouechosas al heredamiento, o a la casa agena de que era tenedor, que si las fizo en buena fe, cuydandolas fazer en lo suyo, que las deue cobrar, maguer non ouiesse menester de las fazer; mas si las fizo auiendo mala fe, sabiendo que el heredamiento, o la casa, que era agena, si el señor que la vencio en juyzio non gelas quisiere pechar, puede el otro ende lleuar la labor que fizo y fazer. Otrosi, dezimos que si aquellos que son tenedores de casas, o de heredamientos agenos, fazen despensas en ellas, que non son muy prouechosas, mas son apostura de la casa, o de la heredad, assi como las pinturas que fazen en ellas, o los caños que fazen porque nazca y el agua, o las otras cosas semejantes destas que fazen y, como por auer deleyte por ellas, mas que pro; si ouo buena fe, en teniendo aquello en que las fizo, cuydando que era suyo, que estonce puede tomar lo que ouiere fecho, e lleuarlo. Empero, si aquel cuya era la casa, o la heredad, le quisiere dar tanto por ello, quanto podria valer despues que fuesse ende tirado, deuegelo dar. Mas si el que fiziesse tales despensas como estas, ouiesse mala fe, en teniendo la casa, o la heredad, pierde todo quanto y fizo, e non puede ende uar ninguna cosa.

Partida 7.ª, tit. XXXIII, ley 10..... Otro si dezimos que las pensas que los omes fazen por amor de las cosas agenas, eden ser de muchas guisas. Ca tales y ha dellas que son lla-

madas necesarias que si assi non se fiziessen se empeoraria la cosa, ó se perderia del todo. E tales y ha que dizen vtiles que tanto quiere dezir como prouechosas, e estas son llamadas assi porque se mejora la renta de la cosa en que son fechas por ellas, assi como si alguno fuese tenedor de campo de otro, e pusiesse y arboles, o viñas, o si era otra heredad, e fiziesse y forno, o lagar o horreo. Otras despensas y ha que son dichas voluntarias: que quiere tanto dezir como deleytosas, o que non crecen por ende de los frutos, nin la renta de la cosa en que son fechas. E esto seria, quando alguno pintase la casa, o fiziesse y vergel, o albuhera, o otras cosas semejantes destas, que fuessen a deleyte: e quales destas despensas se pueden cobrar, o non, quando fuessen fechas en cosa agena, mostramoslo en las leyes deste libro que fablan en esta razon.

ART. 454. Los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal sino sufriere deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

Concordancias.—Análogo al art. 432 del proyecto de Código de 1851, é igual al 459 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del artículo anterior.*

COMENTARIO.—*Antecedentes.*—Si algún profano en la ciencia del Derecho tratara de decidir por su propio esfuerzo y sin la ayuda de una ilustración jurídica cualquier caso á cuya resolución fuese aplicable el art. 453 ó el 454 del Código civil, y persistiendo en su primer propósito abriese dicho libro por la página 88 de la primera edición reformada, hallaríase de manos á boca con estas palabras: «Los gastos necesarios se abonan á todo poseedor... Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe... Los gastos de puro lujo y recreo no son abonables al poseedor de buena fe..., etc. ¿Podríamos asegurar con certeza que el profano consultante del Código, sin más antecedente que los prin-

cipios jurídicos suministrados por los artículos transcritos, tenía ya los elementos necesarios para resolver con acierto? Aventurado nos parecería responder afirmativamente, porque el lego en estas áridas materias del Derecho que oye hablar ó lee estampadas en el Código las frases «gastos necesarios», «gastos útiles», «gastos superfluos», trata de averiguar su significado jurídico, sospechando, y no sin fundamento, que la nomenclatura científica no expresa las más de las veces lo mismo que la terminología del lenguaje corriente. Y en vano fuera que buscase en el Código, porque sin duda éste presupone un conocimiento previo ó una intuición jurídica generalizadísima. De otro modo, no se explica que hable de gastos necesarios, útiles y de lujo sin expresar en qué consisten. Procediendo de esta suerte, así como hay un artículo destinado á proclamar el principio de que la ignorancia no excusa, debiera haber otro redactado en estos términos: «Tampoco excusa la falta de intuición jurídica.»

No es lícito justificar este silencio con el lugar común de estar muy vulgarizado el conocimiento del contenido de los gastos de que estamos hablando, porque para algo se escriben los Códigos, y es significativa la superabundancia del Derecho romano, que en dos puntos distintos del Digesto definió los gastos necesarios, útiles y superfluos, y la claridad de nuestras leyes de Partida enfrente de la omisión intencional ó involuntaria de nuestro reciente Código civil.

Los Códigos extranjeros, especialmente los buenos modelos en los cuales debemos inspirarnos, atienden cuidadosamente á disipar toda duda que pudiera nacer, definiendo con claridad las impensas necesarias, las útiles y las de lujo. Sírvanos de ejemplo el científico Código portugués y el celebrado Código de Méjico. Mas ya que no sepamos cuál es el concepto que nuestros legisladores tienen de estos gastos ó impensas por haber estimado prudente reservárselo, hay que suponer que no difiere del universalmente reconocido, y en tal hipótesis, digamos, siguiendo un riguroso orden lógico, en qué consiste cada una de estas tres categorías ó especies en que el Derecho divide el término genérico gastos.

El Derecho romano fijó su concepto de un modo admirable; sí es que las legislaciones que le han sucedido, bien en los tiempos medios, bien en nuestros días á impulso de las tendencias

codificadoras, encontrando la labor hecha, se redujeron á copiar las definiciones de los cuerpos legales de Roma.

Gastos necesarios.—Dice la ley 79, tít. XVI, lib. 50 del Digesto: *Impensae necesariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.*

Son gastos necesarios los que, si no se hubieran hecho, hubieran perecido las cosas ó se hubieran deteriorado.

Concepto éste completamente análogo al expresado por nuestra Partida VII con estas palabras: «Ca tales y ha dellas que son llamadas necesarias, porque si non se ficieren, ó se empeoraria la cosa ó se perderia del todo.»

En el tít. I. lib. 25 del Digesto hallamos también preceptos aclaratorios de indudable utilidad.

Impensarum quaedam sunt necesariae, quaedam utiles quaedam vero voluptariae.

Necesarius hae dicuntur quae habent in se necesitatem impedimenti, expresión que no debe despreciarse no obstante su aparente simplicidad.

Especificando más el concepto de los gastos necesarios, dice el Derecho romano (1): *vel si vites propagaverit vel arbores curaverit, vel seminaria pro utilitate agri fecerit, necesarias impensas fecisse videbitur*, esto es: si plantare vides ó cuidare árboles ó sembrase para utilidad del campo, parecerá que hizo impensas necesarias. Y este mismo fundamental Derecho manifiesta por boca de Labeon, que entre las impensas necesarias se encuentran las piedras echadas al mar ó al río, la edificación del horno, la refacción del edificio ruinoso, y la reparación del olivar.

Espigando por los Códigos civiles de otros países en la fecunda labor de comparar legislaciones, hemos encontrado un precepto digno de ser recogido. Nos referimos al art. 943 del Código de Méjico, que define los gastos necesarios diciendo que son los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa se pierde ó desmejora.

Nunca con mayor razón puede aplicarse el calificativo de necesarios á los gastos, como cuando éstos se hayan hecho en virtud de un precepto legal. Mas no hay que ceñirse rigorosamente

(1) Ley 3.ª, tít. I, lib. 25. Dig. *De impensis.*

á las palabras del su pradicho Código de la República mejicana; hay, sí, que aprovechar la idea como elemento necesario para construir una acabada definición. No es menester que los gastos estén prescritos por modo expreso en el texto legal; basta, según nuestro criterio, con que su justificación se encuentre en la ley. Aclararemos este punto con un ejemplo.

Una persona está poseyendo con buena fe y justo título una cosa gravada ya al tiempo de comenzar la posesión, v. gr., con un censo. El propietario de este derecho real le reclama el pago de las pensiones y el poseedor las satisface. La existencia de la escritura censal, que puede provenir de fecha antigua, no altera la situación legal del poseedor ni destruye su buena fe, subsistente mientras no se demuestre lo contrario. Si demandado el poseedor de reivindicación fuese vencido en el pleito y hubieran de liquidarse gastos y pérdidas, creemos que en el capítulo de gastos necesarios habría de incluirse el importe total de las pensiones censales satisfechas por el poseedor de buena fe.

Este es un gasto que, considerado en su materialidad, ni tiene por objeto impedir la destrucción de la cosa ni su deterioro, á pesar de lo cual, como está justificado por la ley, nadie pondrá en duda que debe reputarse necesario. Y lo mismo exactamente cabe afirmar de los gastos que ocasionen, por ejemplo, los revocos de fachada ordenados por la autoridad administrativa, los de introducción de ciertas reformas prescritas con carácter obligatorio por las Ordenanzas municipales, etc. En todos estos casos las mejoras introducidas no han dependido de la voluntad del poseedor, sino del precepto legal ó del mandato de una autoridad en uso de sus atribuciones; y por otra parte, habría habido *necesidad* de realizarlas aunque la cosa hubiese estado poseída por el legítimo dueño. En mérito á estas consideraciones, debemos aceptar como término esencial comparativo para la determinación de la cualidad de necesarios en los gastos, el que el Código de Méjico nos suministra.

Ocupándose de esta materia, el comentarista del proyecto de 1851, Goyena, expresa que los gastos de conservación ordinaria, como los reparos módicos en los edificios, la manutención de los animales, etc., no son necesarios en el sentido y para los efectos del artículo que comentaba (análogo al que estamos estudiando). Rigorosamente exactas son estas palabras, porque si

reputáramos gastos necesarios los módicos que exige el entretenimiento de la cosa poseida, y entre éstos, v. gr., los de manutención de un rebaño, habría necesariamente que negar al poseedor de buena fe la facultad de percibir y hacer suyos los frutos producidos ó sostener el principio poco equitativo de que tenía derecho á enriquecerse á costa del dueño. Los productos y esquilmos del rebaño exigen la alimentación del mismo, y sólo aquel que percibe las utilidades es el que debe levantar las cargas, máxime cuando éstas hallan su inmediata y equitativa compensación en el producto de donde se obtiene el beneficio. Entendemos asimismo que los gastos ordinarios de cultivo, incluso el de la sementera, tampoco pueden reputarse necesarios á los efectos del artículo si el poseedor de buena fe recolecta para sí los frutos. Cuando la buena fe cesa estando los frutos pendientes, la ley provee al particular, concediéndole al poseedor el derecho á los gastos que hubiese hecho para su producción y á la parte proporcional al tiempo de la posesión del producto líquido de la cosecha; pero esta misma concesión de la ley indica bien á las claras que el poseedor no tiene el derecho á los gastos de cultivo cuando percibe los productos de la cosecha, confirmándolo más el segundo párrafo del art. 452 al disponer que el propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece.

Dedúcese de estas reglas que mientras continúe en la posesión el poseedor de buena fe, los gastos de cultivo quedan *de jure* indemnizados por el derecho de percepción de los frutos.

Entre los gastos de cultivo comprendemos los puramente indispensables para que el suelo rinda sus productos. Así, pues, los que origine la poda, cava y bina de las viñas, la poda y recalce de los frutales, el riego de las hortalizas, etc., porque todos ellos refluyen de un modo inmediato en la producción de los frutos ó en su mejor calidad, y esta mejor calidad de los productos á nadie ha de beneficiar más directamente que al que los hace suyos.

Por esta misma razón, y discurriendo *á sensu contrario*, no pueden reputarse gastos de cultivo, aunque en el cultivo se invirtan, aquellos que, traspasando la normalidad de las circu-

tancias, tienden directamente á impedir la destrucción ó el deterioro de las plantas. Así, por ejemplo, si la viña es invadida por el género llamado *filoxera vaxtratis* y el poseedor para salvar las vides emplea cualquiera de los medios aconsejados por la Agronomía, bien la sumersión, ó el azufrado, ó el injerto sobre patrones de vides americanas, los gastos que tales operaciones ocasionen tendrán la calidad de necesarios, porque si no se hubieran efectuado, ó la viña hubiese perecido ó experimentado grave daño.

Los gastos módicos de entretenimiento que una casa poseída de buena fe exija, así, v. gr., la reparación de volados y herrajes, etcétera, entran en la misma categoría que los llamados de cultivo, porque no se encaminan á la subsistencia de la cosa, sino á la percepción de las utilidades que pueda dar de sí.

Pero á pesar de todas estas particularizaciones, que hacemos de buen grado, cumpliendo con el deber que nos hemos impuesto, no dejamos de reconocer que hay gastos cuya calidad es dudosísima, y que á menos de mediar un concierto amistoso entre el poseedor de buena fe y el dueño que reivindique su propiedad, habrá que dejar su determinación á los Tribunales de justicia.

Cuestión.—El importe de la contribución territorial pagada por un poseedor de buena fe durante el tiempo que estuvo poseyendo una finca rústica ó urbana, ¿debe reputarse como un gasto necesario exigible al dueño?

Recordamos á este propósito que cuando comentamos el artículo 361, concerniente á los derechos de que por ley disfruta el dueño del terreno en que se edificase, sembrase ó plantase de buena fe, entre cuyos derechos es el más importante el de hacer suya la obra, siembra ó plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, dijimos que para los efectos del artículo que analizábamos, gastos necesarios eran los invertidos en el precio de los materiales y su incorporación á la tierra, los de semillas, plantas, cultivo, riego, abono, importe de la contribución territorial en lo que se refiere sólo á los edificios, los de entretenimiento ó conservación de plantas y sementeras y, en general, todos aquellos sin los cuales no podría ni levantarse el edificio ni hacerlo subsistir, ni alimentarse y conservarse lozana y uradera la planta, ni dar lugar á la germinación de la semilla y ercepción de sus productos.

Incluimos entonces en la categoría de gastos necesarios los de contribución territorial; pero esto no puede servirnos de antecedente para resolver el caso propuesto, porque no hay paridad entre la situación del que edifica de buena fe y la del poseedor también de buena fe vencido en pleito de reivindicación. El dueño del terreno en que se edifica ó siembra por un extraño, al atraer hacia su dominio, por decirlo así, lo edificado ó sembrado, queda en la obligación de indemnizar al edificante del valor de los materiales, gastos de edificación, etc., y al sembrador del importe de las semillas, de los gastos de cultivo, toda vez que quien se beneficia con lo edificado y con los frutos es el propietario del suelo, no el que edificó ó sembró.

Los gastos de contribución territorial afectan lo mismo á la edificación que al solar, porque de la reunión de ambos proviene la utilidad de la cosa, y de ahí que al consolidarse en una sola mano el dominio del inmueble, sea un capítulo de la indemnización que ha de pagar el propietario éste de la contribución territorial, cuando el edificante no haya llegado á percibir las utilidades de lo que edificó.

Ahora comprenderán nuestros lectores por qué en el caso de la edificación, plantación ó siembra, gastos como los de cultivo, merecen el calificativo legal de necesarios, y en el de la posesión de buena fe no pueden conceptuarse como tales. No hay, por tanto, entre los artículos que dejamos enunciados disparidad ninguna de criterio, no existe contradicción. El estado de derecho es en cada caso distinto, y por eso la determinación de los gastos y su calificativo legal resulta influída por la especialidad de la situación jurídica.

Hecha esta aclaración, expongamos nuestro pensamiento.

No tenemos reparo en reconocer que el caso es dudoso, y en su consecuencia, ambos criterios pueden sostenerse.

Si se considera la contribución territorial como un crédito que el Estado tiene contra el propietario ó el poseedor de la cosa, crédito garantido con hipoteca legal por el importe de una anualidad, podría decirse que, tratándose de una verdadera carga real sobre el inmueble á responder de una obligación sancionada por la ley, entraba de lleno en la categoría de gastos necesarios.

Mas no es este, á nuestro juicio, el verdadero punto de mira

desde el cual debe apreciarse la cuestión para resolverla con acierto. Hay que atender á la naturaleza del impuesto sobre la propiedad inmueble, cultivo y ganadería, ó sea á la que con lacónica expresión denominamos contribución territorial.

La situación desbarajustada y caótica en que nos encontrábamos respecto á impuestos casi al mediar el presente siglo, la variedad de los mismos y la singular contextura de muchos de ellos, cesó en el año de 1845 por la ley de 23 de Mayo, en donde por vez primera se estableció la contribución territorial en la forma en que ha llegado hasta nosotros, como avance hacia el no obtenido impuesto único, y sobre las bases del producto líquido de los bienes contributivos y de un equitativo repartimiento.

Debemos á nuestro propósito citar el art. 2.° de la mencionada ley de 23 de Mayo de 1845: «Se establece sobre las bases señaladas con la letra *A* una contribución de repartimiento *sobre el producto líquido* de los bienes inmuebles y del cultivo y ganadería.»

La legislación de Hacienda en punto á estos extremos es vastísima, y no hemos de hacer escala en nuestro camino para mencionarla, pero conocidas son de los lectores de estos comentarios las numerosas disposiciones que se han dictado y las circulares que se han extendido para lograr que las bases cardinales del impuesto se acerquen lo posible á la exactitud; así, v. gr., la formación del catastro, la de las cartillas evaluatorias, la rectificación de los amillaramientos, todas cuyas disposiciones han tendido siempre á procurar la equidad en la exacción, buscando el tipo aproximado á la mayor exactitud del producto líquido de la materia imponible.

Que la naturaleza de la contribución territorial tal como hoy existe no se ha modificado, es un hecho cuya prueba fehaciente nos la da el Reglamento de 30 de Septiembre de 1885, aprobado por Real decreto de la misma fecha. En el capítulo primero, consagrado, según expresa su epígrafe, á determinar la naturaleza de la contribución, los bienes y utilidades sujetos á la misma y sus exenciones, se dice en el art. 1.°: «Se exigirá esta contribución por medio de repartimiento en todas las provincias del Reino, del producto líquido de los bienes inmuebles, del cultivo y de ganadería.»

Es, por tanto, una contribución que pesa sobre *el producto líquido* y que por estricta ley de equidad debe ser satisfecha por aquel que percibe este producto. La resolución de la pregunta formulada se impone ya por su sencillez extraordinaria. El que por estar disfrutando de la tranquila posesión de una heredad ó de una casa percibe los frutos de la primera ó hace suyas las rentas de la segunda hasta el día en que esa buena fe se considere extinguida, no puede menos, así como disfruta de los beneficios, que sufragar la carga impuesta por el Estado sobre esos mismos beneficios. Según esta proposición que á nosotros parécenos exacta, es punto ya fuera de duda el de que los gastos de contribución no deben reputarse necesarios, y no siéndolos, no es factible exigírselos al dueño al cesar la posesión de buena fe.

De adoptar otro criterio se le seguiría un grave perjuicio al propietario de la heredad ó de la casa, porque tendría que abonar los gastos de contribución correspondientes al tiempo que no poseyó y le sería imposible la compensación con los productos desde el instante en que el poseedor de buena fe tiene un perfecto derecho para hacerlos suyos.

El ejemplo que antes pusimos de las pensiones censales no guarda analogía con el caso que acabamos de dilucidar, porque el censo, como derecho real, es una afección de la cosa, y la contribución la es de la utilidad que esa cosa rinde, calculada con más ó menos aproximación, según la generalidad de los términos fijos de que el cálculo del Estado oficial arranca.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1882 parece contradecir la doctrina que hemos expuesto. En dicha sentencia se declara que el pago de las contribuciones impuestas sobre los bienes objeto del pleito, es impensa necesaria y como tal de legítimo abono en la liquidación de frutos, mandada practicar por ejecutoria. Para comprender el alcance de este fallo debemos tener en cuenta que fué dictado bajo el régimen de la legislación de Partidas, que, como es sabido, mandaba compensar el importe de las impensas con el de los frutos percibidos. Á los efectos de esta compensación, los gastos de contribución son indiscutiblemente impensas necesarias. Á los efectos de reclamar su valor al propietario, no lo son, porque por el novísimo derecho, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos (artículo 451). Así es que, aun cuando en lo substancial la doc-

trina que mantenemos es la misma que la de la aludida sentencia, puesto que una y otra coinciden en el principio de que los frutos deben responder á los gastos de contribución, no se ocultará la incongruencia de la misma con el derecho vigente.

Pero como es tópico vulgarísimo el de que la excepción confirma la regla, el mismo principio que hemos sentado puede tener una justificada excepción. Nuestro razonamiento ha partido del conocido fundamento de derecho que se contiene en estas palabras: *Jure naturae aequm est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.* Guiados por él, hemos deducido que los gastos de contribución territorial no merecen á los efectos del artículo 453 el calificativo de necesarios, pero pudiera ocurrir que pagados los gastos de contribución por el poseedor de buena fe, no llegara á obtener los productos para sí. Tal sucedería en el caso en que, al cesar la buena fe, hubiera frutos pendientes. Entonces, como el poseedor no tiene derecho á los frutos, entre los gastos que el dueño habría de abonar figuraría necesariamente el importe no compensado de la contribución territorial. Así se desprende también del párrafo 2.º del art. 452. Con los elementos que el análisis nos ha suministrado y con el natural recelo que siempre sentimos al definir por aquello de *Omnia definitio in jure civili periculosa est*, diremos que son gastos necesarios los invertidos en la conservación y subsistencia de la cosa y aquellos otros justificados por disposición legal ó de autoridad legítima, y añadiremos para perfeccionar la expresión de nuestro criterio en este punto, que no tienen dicha calidad los módicos de reparación de la cosa y los de cultivo y contribución, salvo el caso en que el poseedor de buena fe, después de hechos los gastos, pierda el derecho á la percepción de los frutos.

Esto se entiende con respecto al poseedor de buena fe. Cuando comentemos el art. 455 haremos con relación al poseedor de mala fe las salvedades y advertencias que estimemos oportunas.

Gastos útiles.—La dificultad, en cierto modo insuperable, de definir los gastos necesarios, desaparece por lo que atañe á los que llamamos gastos útiles. Su solo enunciado es prueba de claridad, porque si útil es todo aquello que nos reporta ó produce provecho, comodidad, frutos ó interés, gastos útiles serán los que poniendo la cosa en condiciones de procurar más provecho, más comodidad, más frutos ó más interés, aumentan su valor.

Y he aquí cómo la expresión general del concepto «utilidad» coincide exactamente con la jurídica.

Útiles impensas esse Fulcinius ait quae meliorem dotem faciant non deteriorem esse non sinant (1), es decir, Fulcinio expresa que se llaman impensas útiles las que mejoran la dote, y aunque no se hiciesen no padecería deterioro. Esta definición es fundamentalmente la misma que contiene lá ley V, § 3.° del tít. I, libro 25 de las Pandectas, á cuya ley debemos añadir por vía de aclaración la sexta del mismo título y libro: *veluti si novelletum in fundo factum sit, aut si in domo pistrinum, aut tabernan adiecerit, si servos artes docuerit.*

Las despensas útiles de nuestras leyes de Partida son aquellas así llamadas porque se mejora la renta de la cosa en que son fechas por ellas, así como si alguno fuese tenedor de campo de otri et pusiese hi arboles ó viñas, ó si era otra heredat et ficiese hi forno ó lagar ó horrio (2).

Gastos útiles diremos, por tanto, que son los que no siendo indispensables para la conservación de la cosa, aumentan su valor ó su producto.

Como ejemplo de gastos útiles podemos ofrecer, á más de los que presenta el Derecho romano y la legislación patria, entre otros, v. gr., los que importe el cerramiento de una finca, la plantación de cepas en terreno antes baldío, la introducción del riego, la construcción de acequias ó presas para contener y distribuir las aguas, la desecación por atenores de un terreno demasiado húmedo para el cultivo, el injerto de ciertos frutales para obtener mejores productos; por lo que respecta á los edificios, la introducción del alumbrado, la del servicio de agua, y muchos más que pudiéramos enumerar de índole análoga á los expuestos.

Gastos de lujo y recreo.—Impensas voluptuarias las denominó el Derecho romano, y las Partidas las llamaron voluntarias, confundiendo tal vez, como con acierto indica Goyena, las palabras latinas *voluntas* y *voluptas*, pero corrigiendo inmediatamente el defecto y denominándolas también deleitosas.

Los Códigos modernos, con singular discordancia, adoptan los

---

(1) Ley 79, § 1.°, tít. XVI, lib. 50 del Dig.
(2) Part. 7.ª, tít. XXXIII, ley 10.

tres términos que la nomenclatura jurídica ha venido empleando para la designación de los gastos ó mejoras de que nos ocupamos, y mientras el Código español y el lusitano coinciden en denominarlos gastos de lujo, el Código mejicano los llama gastos voluntarios, y el chileno, aceptando el término latino, las califica de mejoras voluptuarias. Pero adóptese uno ú otro término, ó el de deleitosas, muy adecuado por cierto, en cuanto el objeto de las mismas no es otro que el de procurar deleite, recreo, bienestar, y quien las ejecuta más peca de sibaritismo que de austeridad, el hecho irrecusable es que la discordancia del apelativo se trueca en unanimidad respecto del contenido.

Y ya de antiguo viene inalterable este contenido jurídico, porque en el Digesto se dice: *Voluptariae sunt, quae species duntaxa, ornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridia, et aquae salientes incrustationes, loricationes, picturae.*

Definiremos los gastos de lujo y recreo diciendo que son aquellos que no aumentan los frutos y solamente sirven de ornato á la cosa ó de placer al poseedor, como los jardines, las fuentes, los invernáculos, los mosaicos, las pinturas, relieves y esculturas, los muebles puestos para regalo y comodidad. De la misma manera se expresan las Partidas, diciendo de estas mejoras «que non crescen por hi los frutos nin las rentas de la casa en que son fechas, et esto serie como si alguno pintase la casa, ó fiziese hi vergel ó albuhera ó otras cosas semejantes que fuesen a deleyte». (Ley 10, tít. XXXIII, Part. 7.ª)

Determinadas mejoras han de resultar de calificación dudosa; porque la línea divisoria entre las útiles y las de lujo y recreo no es de tal relieve que á la primera impresión pueda realizarse el deslinde. Hay mejoras que se encaminan derechamente á procurar un bienestar, una mayor comodidad, y sin embargo, recaen en beneficio de la cosa. Así, por ejemplo, la instalación de un ascensor en un edificio. Nosotros creemos que ésta es una mejora útil, pero hay opiniones contrarias á la que profesamos. Cuando se presentan estas cuestiones, que la ley no puede prever, á me-
s de incurrir en un casuismo impropio de su seriedad, á los
bunales les toca decidir.

Sabiendo ya en qué consiste cada una de las tres especies de
tos que el derecho establece, continuemos el examen de los
culos 453 y 454.

I. *Impensas abonables al posedor de buena fe.*

Gastos necesarios.—El Código sienta un principio general. Los gastos necesarios, es decir, los que han sido invertidos en la conservación de la cosa, los que han reconocido por origen un precepto legal, un mandato de autoridad legítima, se abonan á todo poseedor. No proceden distinciones entre aquel que estuvo poseyendo con buena fe y aquel otro que poseyó á sabiendas de que la cosa era de ajena pertenencia. La ley mide con igual rasero á unos y á otros.

El fundamento de esta prescripción legal es tan sencillo que basta su enunciado para quedar convencido de su justicia.

Se concibe que el propietario de una heredad ó el de una casa alce tapiales á su campo, si estaba completamente abierto al primer merodeador ó al ganado del vecino, introduzca el riego ó dé cómoda distribución á las aguas, injerte los árboles frutales, levante paredes para ponerlos al abrigo de los vientos nortes, reforme el edificio para lograr más provecho, implante ciertos servicios generalizados por la moderna civilización, tales como el alumbrado eléctrico, los ascensores, etc. Todo esto no es más que el ejercicio de un derecho. Todo estriba en una racional presunción. También se comprende que el propietario, en uso de su facultad dispositiva inherente al dominio, ejecute mejoras que cedan en ornato de su propiedad ó que le proporcionen un deleite; y así para satisfacción de su vanidad ó de su capricho, construya parques y levante invernáculos y decore con pinturas los techos y paredes de su casa.

Lo que ni se concibe ni tiene justificación racional es que el propietario que observa que su heredad va á ser destruída por el río en una avenida, no levante un malecón para evitarlo; que el dueño del edificio que nota desviaciones y desmoronamientos, señales ambas de ruina, no ejecute las obras necesarias para impedir la destrucción ó el deterioro.

Las dos primeras proposiciones no afectan á la conservación de la cosa; pueden efectuarse las mejoras ó no, sin que padezca nada la substancia de la misma; cabe decir que su característica es la libre voluntad.

Por el contrario, la tercera tiene por carácter primordial la necesidad. Las dos primeras fluctúan entre una determinación positiva y otra negativa; la tercera se resuelve siempre por una

presunción necesaria, cual es la de que el propietario que no abandona deliberadamente su propiedad, trata de conservarla impidiendo su destrucción ó su desmejoramiento. ¿Cabe suponer abandono en el individuo que la reivindica del actual poseedor sea éste de buena ó mala fe? En modo alguno. Los actos expresos del reivindicante revelan vivo anhelo por recuperar su dominio. Hay, por tanto, que presumir jurídicamente que el propietario no hubiera dejado perder la cosa, sino que hubiera hecho los gastos indispensables para procurar su conservación é impedir su deterioro. He ahí el fundamento del precepto que analizamos, y por él se explica que para este caso se borre la distinción entre poseedores de buena y mala fe, concediéndoles indistintamente el derecho á pedir el abono de los gastos necesarios.

Además, si el poseedor no hubiera verificado los gastos indispensables para la conservación de la cosa poseída, su responsabilidad sería evidente, porque el dolo como intención dañada ó como negligencia grave, asomaría su cabeza, y la sanción del artículo 457 caería de lleno sobre el expresado poseedor. Si el propietario debe la existencia de su propiedad á las reparaciones hechas en la misma por el poseedor, la equidad pide á grito herido que aquél abone á éste el importe de dichas reparaciones.

Precepto tan justo aparece consignado en los textos legales que los romanos nos legaron. Le hallamos asimismo en nuestras leyes patrias, según nos lo demuestra la ley 44, tít. II, Part. 3.ª, y los Códigos modernos, siguiendo las huellas indestructibles del Derecho antiguo, lo han escrito en sus severos articulados. Citaremos, entre otros, el art. 939 del Código mejicano, el 908 del chileno, el 498 del portugués y los 704 á 706 del italiano, de los cuales se desprende análoga doctrina.

Antes de pasar á ocuparnos de la indemnización debida al poseedor por los gastos útiles, formularemos algunas observaciones. Y siguiendo nuestra costumbre, pondremos un ejemplo. *A* está poseyendo de buena fe una heredad fronteriza con un río. En consideración á la fuerza de arrastre de la corriente y á fin de evitar deterioros en la finca, *A* construye un malecón para contrarrestar el impulso de las aguas y su acción destructora en la ribera. La tranquila posesión en que *A* estaba, cesa por la presentación de un tercero, *B*, demandando de reivindicación. *A* es vencido en el pleito y *B* queda obligado al abono de los

gastos necesarios. Preguntas: 1.ª, ¿deben compensarse estos gastos con los frutos percibidos? 2.ª, caso negativo, ¿la indemnización debe comprender el valor de las obras necesarias en el momento en que la cosa sea entregada, ó el importe total de los gastos que el poseedor hubiere hecho? 3.ª, cuando no constaren los gastos de un modo auténtico ó mediaren disidencias entre el poseedor que cesa y el dueño de la cosa acerca del total de los mismos, ¿á qué medio práctico debemos acudir para la determinación de su importe?

A la primera pregunta respondemos negativamente. Los precedentes, sin embargo, son contrarios. Tanto el Derecho romano como las leyes 41 y 44 del tít. XXVIII de la 3.ª Partida, consideraron amoldada á la más pura equidad una compensación entre los frutos percibidos y los gastos efectuados. Así se desprende de estas palabras:

«E en tal caso como este dezimos que aquel que las despensas fiziere, que sean menester de fazerlas, que las deue e las puede cobrar de mientra que fuere tenedor de la casa o de la heredad en que las fizo... Empero si el esquilmó algunos frutos ó rentas de la casa ó de la heredad, en cuanto la tuvo, *tenemos por bien que se descuente en las despensas*. Ca guisada cosa es que pues que el quiere cobrar las despensas que asi fizo, que descuente los esquilmos.»

Sin embargo, podemos repetir con Goyena que no está en el espíritu de nuestro artículo que hayan de compensarse con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe los gastos á cuyo reembolso tiene derecho. El silencio intencionado del Código demuestra asimismo la exactitud de la respuesta que hemos dado. Aparte de que es principio no desmentido por la hermenéutica legal el de que las obligaciones de los sujetos de derecho no se presumen sino que han de constar en un texto expreso de la ley, no debe olvidarse que los legisladores tuvieron ante su vista nuestra legislación patrimonial, de la que trasladaron, acomodándola á la tecnología moderna, la doctrina del artículo que comentamos y prescindieron de consignar en el texto la obligación de compensar las despensas con los frutos; prueba irrecusable de que diputaron por inexistente tal compensación. El Código portugués, adaptándose á la doctrina romana, es, si se nos permite la expresión, nuestro antípoda en punto á este artículo por-

que dispone que del importe de los gastos necesarios se deduzca el rendimiento líquido de los frutos percibidos. No nos permite nuestra obra, á pesar de su extensión, discutir cuál de los dos sistemas es el preferible. Uno y otro cuentan para su defensa con poderosos argumentos. Nosotros pensamos como el legislador español.

Pequeñísima dificultad ofrece la resolución de la segunda pregunta. Aquí, como en todas aquellas cuestiones donde reina á su albedrío el criterio individual, domina la diversidad en las opiniones. Por esto no es de extrañar nuestra interrogación, máxime si se tiene en cuenta que hay Códigos como el de Chile que al legislar sobre el pago al poseedor de las expensas realmente necesarias, las considera reembolsables sólo en lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.

Observemos en primer término que nuestro Código no habla del *valor de las obras*, en cuyo caso estaría justificada una interpretación en el sentido que nos ofrece el Derecho de la república chilena. Al contrario; nuestro Derecho novísimo refiérese exclusivamente á los gastos hechos, locución que por su propia virtualidad excluye la distinción de momentos para apreciar el costo de las obras realizadas. Una cosa es el valor actual de la obra y otra muy distinta el gasto que ocasionó. Una mejora cualquiera puede haber costado mucho y valer actualmente muy poco. El Código, por tanto, al hablar de *gastos* y no del *valor* de las mejoras, expresa clarísimamente su intención. Y por si alguna duda pudiera producirse en el ánimo de cualquier lector caviloso, bastará una sencilla reflexión para desvanecerla. Ocupándose el artículo 453 de los gastos útiles, dice así: «Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el *importe de los gastos* ó por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido.» Añade el art. 454: «Los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufriese deterioro, y si el sucesor en posesión no prefiere abonar el *importe de lo gastado*.»

Obsérvese que siempre que de restitución de mejoras se trata, legislador prescinde deliberadamente del valor actual, en busca otro tipo de indemnización más equitativo, es á saber, el im-

porte de lo gastado. Toda la teoría del abono de las impensas gira en derredor de una idea cardinal: que el poseedor no padezca daño; que una justa indemnización repare el gasto hecho en beneficio de la cosa poseída. Y no merecería el nombre de indemnización, ni podría exornarse con el calificativo de justa, aquélla que atendiera, no al dispendio que el poseedor tuvo necesariamente que hacer para librarse de responsabilidad y conservar la cosa, sino al valor actual de las obras.

Todavía el art. 455 del Código nos suministra otra prueba decisiva.

Ocupándose de las mejoras voluptuarias introducidas por el poseedor de mala fe, dice así: «Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que estos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando *el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.* Ciñéndonos á una lógica rigorosa, se deduce que si en este caso hay que atender al valor de las mejoras en un determinado momento, y el Código pone especial cuidado en manifestarlo, es porque en los demás debemos despreciar el elemento valor actual, atendiendo exclusivamente al importe de los gastos realizados.

Pudiera dar lugar á vacilaciones el art. 458, porque aparentemente contiene una doctrina que no armoniza con la pureza de las que venimos sustentando. Con efecto, establécese en el relacionado artículo que el que obtenga la posesión no está obligado á abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa. Prescindiendo de la redacción del precepto transcrito, nos vemos obligados á una anticipación de ideas para disipar esta superficial antinomia que un somero estudio descubre.

El art. 458 habla de mejoras. ¿Pero son lo mismo mejoras que gastos? Como dice el civilista Gutiérrez en sus *Estudios fundamentales,* ambas palabras se han empleado indistintamente, pero existe diferencia esencial que puede ser causa de disputas. Mejora indica, según su propio nombre lo expresa, aumento del valor ó de la utilidad de una cosa, al paso que gasto es un término genérico que indistintamente puede denotar aumento ó permanencia del primitivo estado. Dentro del concepto gasto cabe la mejora, y así usamos como sinónimas estas dos palabras, me-

joras voluptuarias, gastos de mero ornato y recreo. Hecha esta aclaración, concretemos aún más. ¿Es lo mismo gasto necesario que mejora? O dicho en otros términos: ¿puede emplearse, hablando con la corrección que impone el adecuado uso de la terminología jurídica, la voz mejora para significar gastos necesarios, siquiera se la adicione también con el adjetivo necesaria? Creemos que no. Una práctica viciosa, aunque cuente en su abono venerable antigüedad, no por eso está justificada. El art. 458, al tratar de mejoras que hayan dejado de existir, no puede referirse á los gastos necesarios, primero porque no son mejoras propiamente dichas, toda vez que no ceden en el aumento de valor de la cosa, y segundo porque si las obras en que los gastos necesarios se hubiesen invertido desapareciesen sin culpa del poseedor de buena fe, recaería sobre dicho poseedor la pérdida, contradiciéndose el principio consagrado por el art. 453 de que los gastos necesarios se abonan á todo poseedor. Una mejora es, por ejemplo, la introducción del alumbrado eléctrico en una casa. Si el poseedor que ha realizado este beneficio lo retira y al reivindicar el dueño su finca no la encuentra ya iluminada por la electricidad, nadie tendrá qué objetar á que, aplicándose rigorosamente el art. 458, el nuevo poseedor no abone una mejora inexistente. Un gasto necesario es, v. gr., la construcción de un malecón para evitar los deterioros de la heredad en las avenidas del río. Si por fuerza mayor el malecón se derrumba y el poseedor, para salvar la heredad, levanta uno nuevo, ¿estimaremos que por no existir el malecón primero al tiempo de la reivindicación no está el reivindicante obligado al abono de los gastos que en la construcción de aquél se invirtieron? Opinamos negativamente. No queremos anticipar más ideas, porque han de alcanzar su natural desarrollo en el comentario del art. 458. Basta de presente con que nuestros lectores conozcan la interpretación que nos merece. Retrocediendo ahora hasta encontrar la cuestión inicial, y encadenando las resultancias, obtendremos la conclusión siguiente: El propietario que reivindica su propiedad está en la obligación de abonar al poseedor el importe de lo gastado en la ejecución de las obras necesarias para evitar la destrucción ó el deterioro de la cosa poseída.

Con esto llegamos al campo peculiar de la tercera de las preguntas enunciadas. ¿Y si el importe de lo gastado no se conoce?

¿Y si mediase diferencia entre el poseedor que cesa y el dueño, porque al segundo le pareciesen excesivas las cuentas presentadas por el primero? Entiéndase que planteamos la hipótesis de esta diferencia en el terreno amistoso, porque en el judicial no hay para qué decir que el que afirma y reclama los gastos, está obligado á justificar su afirmación, siendo materia la controversia de un incidente en la ejecución de la sentencia.

No conociéndose exactamente la cuantía de los gastos, bien porque no se llevara en debida forma la contabilidad por el poseedor, ó porque se hubiesen extraviado los comprobantes, la apreciación pericial es la solución única aplicable al caso. Pero el cálculo pericial habrá de recaer, no sobre el valor actual de las obras, sino sobre el coste de las mismas atendidas las circunstancias de lugar y tiempo en que se verificaron.

II. *Impensas abonables al poseedor de buena fe.*

Gastos útiles.—Derechos del nuevo poseedor.—«Otro si dezimos: que si él fizo despensas prouechosas al heredamiento ó á la cosa agena de que era tenedor, que si las fizo en buena fe, cuydándolas fazer en lo suyo, que las deue cobrar maguer non ouiese menester de las fazer.»

El Código civil repite la misma doctrina. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe. Teniendo análogos derechos respecto de estos gastos que de los necesarios, excusamos repetir las consideraciones ya expuestas. La buena fe sigue mereciéndole al legislador profunda simpatía y decidida protección, y como quiera que aun cuando estos gastos no afectan á la substancia de la cosa, revelan un propósito digno de elogio, cual es el de aumentar su valor ó su producto, de ahí que se conceda al que de buena fe los hizo el derecho de reclamar su importe. Pero ya no se trata de un gasto impuesto por la necesidad; la voluntad del poseedor es un factor decisivo, y al lado de esta voluntad expresa y manifiesta, se ofrece á la mente del legislador otra voluntad, cuya determinación no se conoce y que por lo mismo, siendo presunta, hay que estimarla dudosa, y fluctuando entre las dos direcciones jurídicamente posibles, realizar las mejoras: no realizarlas, dejando la cosa en su primer estado.

Entre estas dos direcciones, el Código civil español se inclina á la presunción afirmativa, más que por los motivos que pueda haber en pro de esta inclinación, por la consideración cariñosa

que guarda hacia el poseedor de buena fe. En la gradación compuesta de tres grupos que el Derecho forma con los gastos, según éstos sean necesarios, útiles ó de mero ornato, observamos que en razón inversa de la necesidad y utilidad de los gastos, está el derecho del que los hizo para su reembolso. No siendo lo mismo gastos necesarios que gastos útiles, era menester buscar una cualidad característica para la diferenciación de los grupos, y el legislador la encontró por lo que respecta á las que desde ahora denominaremos mejoras útiles en la concesión al nuevo poseedor de un derecho que, levantándose enfrente del que ostenta el poseedor de buena fe, viene en cierto modo á dar eficacia y corporalidad á esa voluntad presunta de que hace un momento hablá bamos, cuya voluntad va ensanchando su esfera de acción hasta tornarse árbitra, por decirlo así, con relación á las mejoras voluptuarias.

Este derecho lo condensa el artículo que comentamos en las siguientes palabras: «...El que haya vencido en la posesión puede optar, ó por satisfacer el importe de los gastos, ó por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.»

El principio jurídico de que los gastos útiles son abonables al poseedor de buena fe tiene, como hemos visto, su precedente en las leyes patrias, y en copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de Diciembre de 1864 y 14 de Septiembre de 1866, entre otras).

El derecho que el artículo concede al vencedor en la posesión de elegir entre el pago del importe de los gastos útiles y el aumento de valor de la cosa, no tiene otro antecedente patrio que el art. 432 del proyecto de Código de 1851. Goyena refiere que la ley romana y el Código sardo disponen que en caso de diferencia entre el precio de las mejoras efectivas y el de las cantidades gastadas, el poseedor de buena fe no tendrá derecho sino al menor de los dos valores. El Código portugués opta, á la inversa de nuestor Código, por una presunción negativa. Por eso su tendencia es la de que el reivindicante obtenga la cosa sin alteración ninguna de sus elementos substanciales, siquiera esta alteración provenga mejoras que hayan refluído en su mayor valor. Así se exca que otorgue al poseedor, sea de buena ó mala fe, el derecho retirar las mejoras útiles, siempre que esto pueda hacerse sin rimento de la cosa, y cuando no pueda evitarse el deterioro,

conceda al poseedor de buena fé el derecho al reintegro del valor que las mejoras tengan en el momento de la entrega, amparándole además con la concesión del *jus retentionis*.

El poseedor de buena fe puede resultar perjudicado cuando el nuevo poseedor, en uso de su derecho, opte por abonar el aumento de valor de la finca, si los gastos invertidos en las mejoras representasen mayor cantidad.

Pero si se analiza con despacio el precepto, adquiriremos el convencimiento de que existiendo una estrecha conexión entre los gastos y el aumento del valor de la casa ó de la heredad, sobre todo si las obras se han efectuado normalmente y mediante una honesta administración, no puede ser extraordinario el perjuicio que padezca el poseedor de buena fe, aun en el caso en que, no mostrando liberalidad el propietario, haga uso de su derecho y elija el tipo de indemnización que represente menor cantidad.

Una mejora útil poco costosa puede influir en el mayor precio ó utilidad de la cosa, de tal modo, que parangonando ambos factores, no haya paridad, resultando mayor el aumento de valor que lo invertido en procurarlo. Y á la inversa, gastos muy crecidos pueden determinar un aumento de precio ó una mayor utilidad apenas apreciable.

Precaviendo estos casos y considerando que el dueño pudo muy bien haber prescindido de las mejoras si hubiese estado poseyendo, el legislador le ha concedido el beneficio de optar por aquella indemnización que represente una suma más económica. De otra parte, si el abono de las mejoras útiles lo computamos por el importe de lo gastado, prescindiendo del mayor valor que pueda haber adquirido la heredad ó la casa tal vez por influjos independientes de la voluntad del poseedor, no se deslustra en lo más mínimo la pureza de la teoría, espíritu de lo legislado; si verificamos la computación de las dichas mejoras atendiendo al aumento que en el valor ó en la utilidad haya experimentado la cosa, tampoco podremos señalar ninguna infracción, porque si mejoras útiles son las que producen un aumento en el valor de la cosa, pagando este aumento queda indemnizada la mejora. Son, pues, dos tipos de compensación que conducen al mismo fin, que guardan entre sí estrechas analogías y que si en su resultancia económica pueden arrojar alguna diferencia, ésta hay que imputarla á contingencias de la realidad, no apreciables en

sus causas, á favor del poseedor, sino en sus consecuencias, en beneficio del que venció en la posesión.

¿Qué medio excogitaremos en la práctica para lograr una exacta apreciación del *aumento de valor* de la casa ó la heredad poseída? La determinación de todo aumento supone necesariamente la fijación de dos tipos: el valor anterior y el valor actual. La diferencia entre ambos constituye el aumento. Pero es que, aun conociendo estos dos factores con exactitud, no sería lícito afirmar que la diferencia absoluta entre uno y otro constituía el aumento *como resultado de las mejoras*, porque es aventurado y difícil calcular la influencia que en ese aumento pueden haber tenido otras circunstancias ajenas; así, por ejemplo: si se trataba de una heredad, la construcción de una línea férrea y de estación en las proximidades; si de finca en la ciudad, la urbanización de la zona en que se hubiere edificado. No es posible, por tanto, reputar la diferencia entre el valor anterior y el valor actual como aumento del mismo, al efecto del artículo que comentamos.

El aumento, de valor á que alude el artículo se contrae exclusivamente al que la mejora haya producido en la cosa, y para obtenerlo, el medio más indicado es el de una apreciación pericial, tomando por base, á más del valor de la cosa antes de la introducción de la mejora, el valor real de esta última al tiempo de la entrega.

De esta manera, el Código brinda al nuevo poseedor con la garantía de que no pagará por la mejora útil más de su exacto valor, que muy bien puede ascender á menor suma de la que importen los gastos hechos para realizarla.

El Código portugués, descendiendo previsor á minuciosos detalles, que no por ser pequeños dejan de revestir capital importancia, dispone en el apartado 4.° del art. 499, que el valor de los beneficios ó mejoras será calculado por su coste, si no excediese éste del valor real de aquéllas al tiempo de la entrega.

Ya conocemos el segundo párrafo del art. 453. En él, como acabamos de observar, se establece un derecho en beneficio del vencedor en la posesión. Mas ahora bien; ¿quiere decir el enunciado artículo que en todo caso el nuevo poseedor hace suyas las mejoras pagando su valor, ó podrá el poseedor de buena fe retirar aquellas mejoras útiles que no refluyan en detrimento de la cosa? ¿Podrá el dueño oponerse á que las retire?

Partamos del principio de que, así como en las obras necesarias para conservar una cosa la separación no es posible, porque ésta y las obras se confunden formando un solo cuerpo, y porque de destruir la obra, caso de que fuese lícito, la cosa se destruiría; así hay muchas mejoras, calificadas de útiles, que afectan á la cosa aunque accidentalmente, puesto que aumentan su valor, pero no atañen á su integridad, y que por tanto pueden separarse sin que la cosa en cuyo beneficio ceden padezca el más insignificante deterioro ó menoscabo en su sustancia ni produzcan demérito en el predio en que se hayan verificado.

Es indudable que todas aquellas mejoras útiles cuya separación sea factible sin detrimento de la cosa poseída pueden ser retiradas por el poseedor de buena fe sin que el vencedor en la posesión tenga facultad para oponer su veto, excepcionando un mejor derecho á la propiedad de la cosa, previo abono de su valor. Esto equivaldría á otorgar al dueño de la cosa algo así como un derecho de tanteo, cuando es bien manifiesto que en punto á mejoras útiles la ley mira y considera como *obligación* del vencedor en la posesión la de aceptar y satisfacer aquellas mejoras que, habiéndose confundido con la cosa poseída y formando un solo cuerpo con la misma, han cedido en su beneficio y mayor valor.

La ley aspira á que el poseedor de buena fe sea justamente indemnizado de la mejora que introdujo en la finca que poseyó; pero si esta mejora puede ser retirada sin que la finca padezca, ¿acaso no se logra el propósito legal más eficazmente? ¿Padece con esto el derecho del propietario? No; porque toda mejora que puede desprenderse de un bien mueble ó inmueble sin alterar sus condiciones esenciales, es una propiedad exclusiva de aquel que la introdujo; es una cosa completamente distinta á la cual no alcanzan los efectos de la reivindicación. Tan exacta es esta aserción, que algún Código extranjero, como el del vecino reino lusitano, concede al poseedor (art. 499), sin distinguir entre que sea de buena ó mala fe, el derecho á retirar las mejoras útiles que haya hecho en la cosa, siempre que puedan separarse sin detrimento de ésta.

También podemos argumentar en pro de nuestra tesis el hecho de no prohibir el Código que el poseedor de buena fe retire las mejoras útiles, siempre que esto pueda hacerse sin deterioro de la finca que haya venido poseyendo, así como el de no conce-

derle taxativamente al vencedor en la posesión el derecho de quedarse con las mejoras abonando el importe de lo gastado. Mas, á nuestro juicio, la consideración capital descansa en que nuestra novísima ley civil sustantiva establece en el art. 453 una *obligación* del propietario, como lo comprueba la concesión al poseedor de buena fe del *jus retentionis*. Toda obligación es correlativa de un derecho. En este caso, el derecho pertenece al poseedor vencido, y como todo derecho es renunciable cuando no perjudica la renuncia el interés ó el orden público, ó se interpone perjuicio de tercero, y aquí ni se lesiona el orden ni padece quebranto el público interés, ni mucho menos sufre perjuicio un tercero, por cuanto la base fundamental de nuestra tesis es la conservación de la cosa sin menoscabo de sus elementos integrales, parécenos indiscutible que el poseedor de buena fe tiene perfecta facultad para retirar la mejora y renunciar consiguientemente á la indemnización cuando aquélla sea de tal naturaleza que pueda separarse de la cosa sin que ésta sufra en su substancia.

Como siempre que exponemos nuestra opinión particular en algún extremo discutible, lo hacemos ahora con las debidas reservas, porque ni nos consideramos exentos de error, ni tendríamos reparo, sino muy viva satisfacción, en modificar nuestro criterio, si otras razones más sólidas y profundas produjesen en nuestro ánimo la persuasión de que nos habíamos equivocado.

III. *Mejoras de puro lujo y recreo.*

Derechos del poseedor de buena fe y del vencedor en la posesión. Pocas palabras se necesitan para comentar el art. 454.

El Código, aprovechando las ideas vertidas por la legislación alfonsina, pero modificándolas en sentido amplificativo, nos ofrece un artículo que, apreciado en su generalidad, no se aparta de la doctrina corriente, pero que estudiado en sus detalles presenta algún punto vulnerable á la crítica y digno de censura. No basta copiar permaneciendo estacionario; hay que adoptar los progresos que por sí solos se recomiendan.

En este mismo comentario hemos hecho notar que el derecho del que hizo los gastos, para obtener su reembolso está en razón inversa de la necesidad y utilidad de los mismos.

La mayor prueba de esta idea nos la ofrece el precepto que nos ocupa. «Los gastos de puro lujo y mero ornato no son abonables al poseedor de buena fe.»

Las mejoras voluptuarias ni pueden justificarse por la necesidad, porque sin ellas la cosa subsiste, ni tampoco por la utilidad, porque lo que proporciona placer, bienestar, deleite, no se reputa útil jurídicamente hablando. Las mejoras de lujo ó recreo están inspiradas por un refinamiento sensual, si se nos permite la expresión; tienden á la comodidad de la persona, á la inversa de las mejoras útiles, que se encaminan á que la cosa rinda mayor provecho. Por eso el lujo ó el sibaritismo de un poseedor, no puede ser aceptado por la ley como hecho irremediable y beneficioso para darle su sanción.

Hemos dicho que las mejoras voluptuarias tienen por finalidad el goce personal, porque aun aquellas de mero ornato, como los relieves, las pinturas, las esculturas, los artesonados, se implantan en los edificios para halagar los sentidos, cuando no para buscar por medio de la ostentación en la cosa el realce de la estimación personal.

Lógico es, por tanto, que estas mejoras no se abonen al poseedor de buena fe; pero asimismo lo es que éste pueda retirar los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufriere deterioro.

Creemos que, aunque la mejora se hubiese realizado en tal forma que revele el propósito de unirla de un modo permanente á la cosa poseída, no por esto se ha de entender perdido el derecho á retirarla. La condición que la ley exige no es otra que la del no deterioro. Un poseedor de buena fe exorna un techo de la casa que está poseyendo con una bella composición pictórica; clavado el lienzo y guarnecido y festoneado de molduras, acantos y relieves, queda manifiesto el propósito del poseedor de unir permanentemente la pintura al techo. ¿Podrá el poseedor, si fuere vencido en pleito de reivindicación, desclavar la tela y retirarla como mejora que es de puro ornato? A nuestro juicio, evidentemente, porque los elementos integrales de la cosa no padecen lesión ninguna por despojar al techo del lienzo que lo adornaba. Y lo mismo podíamos decir de las esculturas colocadas en sus ornacinas, aunque estuviesen adheridas al inmueble. Pongamos ahora un ejemplo de mejora de lujo, no separable sin deterioro de la cosa.

Un poseedor de buena fe construye una escalera suntuosa y apoya los arcos de entrada en columnas de jaspe. ¿Podrá retirar-

las si fuere vencido en la posesión? No, á pesar de tratarse de mejora voluptuaria, porque de autorizarse la separación de dichas columnas, se quebrantaría la materia, produciéndose un deterioro de la cosa. El poseedor tendrá que resignarse á perder el importe de los gastos hechos. Hasta este momento exponemos la doctrina; entremos en su crítica.

Una seria meditación acerca del estado en que el poseedor de buena fe queda si se le priva de las mejoras de ornato, en las que acaso invirtió un capital digno de más benigna suerte, ha movido al legislador mejicano á introducir una innovación ciertamente merecedora de encomio.

El legislador español, que en tantos puntos ha copiado el Código de Méjico, no debió pasar por alto esta feliz idea que hubiese representado un progreso en nuestro derecho. Transcribiremos el artículo 942 del indicado Código. Dice así: «Los gastos voluntarios no son abonables á ningún poseedor, pero el de buena fe puede retirar esas mejoras si no se causa detrimento á la cosa mejorada ó *reparando el que se cause, á juicio de peritos*.

Ya que se otorgue el derecho á retirar las mejoras, no debe el legislador poner como límite de la extensión de este derecho la posibilidad del *deterioro* de la cosa. Si la cosa principal padece algún quebranto, medios hay para repararlo, máxime cuando las denominadas mejoras voluptuarias ó deleitosas son en la mayoría de los casos externas, superficiales, por decirlo así, y por su propia índole y condición, factibles de ser retiradas sin afectar *á la substancia de la cosa*.

La noción de *deterioro* es tan vaga, tan general, tan extensa, que con la misma palabra podemos significar un desperfecto insignificante como un desperfecto grave, un desconchado del estuco, v. gr., como la destrucción de uno de los pies derechos de la casa. Esta elasticidad de las voces, contraria á las reglas de la buena redacción de las leyes, nos pone en el siguiente conflicto. Basta que una cosa esté adherida á otra de un modo permanente y en tal forma que no haya solución de continuidad, para que separación, quebrantando la adherencia, produzca indefectiamente deterioro. El friso exornado de relieves y hojarasca e corre adherido al muro entre el arquitrabe y la cornisa, no posible desprenderlo sin producir un deterioro apreciable á nple vista, pero cuyo deterioro no produce la más pequeña le-

sión en la solidez de la pared. ¿Es este el deterioro del cual habla el art. 454? Si resolvemos afirmativamente, tendremos por precisión que sentar una regla absurda, y es la de que las mejoras de ornato adheridas á la cosa principal no pueden retirarse; el ánfora sujeta á la pared, la fuente de marmol que en el centro del patio eleva al aire el surtidor, el candelabro empotrado por su espiga en el muro, etc. ¿Podemos sostener en puridad de derecho esta regla? En nuestro sentir, no. Luego tenemos que usar la voz deterioro en una acepción determinada. Esta acepción la exterioriza el Código mejicano empleando la palabra «detrimento». No hemos de discutir ahora si gramatical y jurídicamente esta última palabra denota bien el concepto que el legislador ha querido expresar. Lo que nosotros afirmamos es que la voz deterioro adolece de una laxitud impropia del lugar en que se ha escrito Creemos firmemente que el Código prohibe retirar aquellas mejoras de puro lujo ó mero ornato cuya separación pueda afectar á la substancia de la cosa. Si así no fuera, y nuestra interpretación no se ajustase á la realidad del derecho positivo, reconoceríamos el error padecido, pero en el uso del derecho de libre crítica, no podríamos menos de censurar un precepto que erige en máxima, por conducto de un tiquis miquis gramatical, el inmoral principio de que hay derecho á enriquecerse con daño de otro.

Nuestro pensamiento, traducido en una regla de derecho, quedaría condensado en un artículo redactado en esta forma:

Los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables á ningún poseedor; pero el de buena fe podrá retirar las mejoras introducidas, siempre que, á juicio de peritos, sea esto posible sin quebrantar la substancia de la cosa principal.

Tampoco estamos conformes con el derecho que el Código concede al sucesor en la posesión de quedarse con los adornos ó mejoras que embellezcan la cosa principal, abonando el importe de lo gastado. Cierto que este precepto cuenta en su abono con el precedente patrio, del cual es una mejorada reproducción. («*Empero si aquel cuya era la casa, ó la heredad le quisiere dar tanto por ello cuanto podría valer después que fuesse ende tirado, déuegelo dar.*» Ley 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª) Mas la consagración de la antigüedad no es signo de perfección. Si así fuera, nada más perfecto que la esclavitud. Repetimos ahora lo que no ha mucho dijimos en este mismo comentario. Desde el momento en que una

mejora útil ó de ornato se separa de la cosa principal, constituye una propiedad independiente, á la que no alcanzan los efectos de la reivindicación. ¿Y á título de qué ha de concederse al sucesor en la posesión algo así como una especie de tanteo, verdadero privilegio sin justificación racional ninguna? El reinado de los privilegios va cesando, porque cada vez la conciencia de los propios derechos se extiende más, y en circunstancias tales no puede pasar sin censura un estacionamiento como este de que hacemos mérito.

Todavía, tratándose de poseedores de mala fe, podría justificarse este derecho del propietario á quedarse con la mejora, abonando su importe, no como privilegio del vencedor, sino como pena del vencido, que poseyó á sabiendas de que la cosa que poseía era de dominio ajeno; pero no tiene defensa cuando se ejerce con respecto á las mejoras introducidas por poseedores de buena fe, porque entonces toda idea de culpa y toda noción de pena desaparecen y queda descollando el privilegio, que sólo por serlo mereciera ser abolido. Valiéndonos del mismo ejemplo de antes, supongamos que el poseedor de buena fe que ha decorado con pinturas el techo de una de las habitaciones del edificio, trata de desclavar la tela, puesto que puede hacerlo sin deterioro de la cosa principal. El sucesor en la posesión, para emplear las mismas palabras del Código, podrá impedírselo alegando su mejor derecho, apropiándose la pintura y satisfaciendo al poseedor lo que éste abonó al artista que la pintó.

Y si se tratase de una obra maravillosa del arte pictórico, cuyo valor puede haber aumentado extraordinariamente, como hoy sucede, no decimos con las obras de los antiguos maestros, sino de los contemporáneos, de igual modo el poseedor perderá la tela y el propietario se enriquecerá, en perjuicio del primero, si le place ejercitar el derecho que el art. 454 le concede. No cabe en este caso distinguir entre lo principal y lo accesorio, porque en el ejemplo propuesto, lienzo y pintura constituyen la mejora y ambos pertenecen al poseedor de buena fe. No se trata de accesión, toda vez que admitimos la posibilidad de retirar la mejora sin detrimento de la cosa; trátase de un derecho de preferencia concedido al propietario, sin otra razón ni otro fundamento que el ser propietario. No pretendemos que la ley proteja el refinamiento desplegado por el poseedor de buena fe y su sibaritismo

con la misma intensidad que protege las mejoras útiles ó los gastos necesarios, pero tampoco es justo prodigar los dones en favor de una de las partes, bastante favorecida ya. Harto beneficio goza el propietario con la facultad que la ley le otorga de quedarse con las mejoras voluptuarias cuando no puedan separarse sin detrimento de la cosa principal, para concederle un verdadero derecho de expropiación forzosa, no en aras de la utilidad pública, sino del interés individual; no compensable con el valor de la cosa y el precio de afección, sino con el importe de lo gastado, en ocasiones, sobre todo tratándose de obras artísticas, mucho menor que su valor actual.

* * *

DEL DERECHO DE RETENCIÓN *(jus retentionis)*.—Vasta materia ofrece el estudio del *jus retentionis*, pero no obstante su extensión é importancia, nuestra literatura jurídica moderna no nos brinda en esta ocasión elementos aprovechables. Los escritores que han consagrado sus afanes á la exposición del derecho castellano, entre los cuales podemos citar como uno de los que más han profundizado á Benito Gutiérrez, apenas si en sus *Estudios fundamentales* hace otra cosa que exponer lacónicamente la doctrina y glosarla con la cita de tres sentencias del Tribunal Supremo.

El progreso de la ciencia jurídica tiende á la generalización del *jus retentionis*, aplicándolo á otras instituciones del Derecho civil; pero la índole de nuestro trabajo impide que podamos explayarnos en la región de las ideas. El comentario no rehuye la teoría, antes bien, todo buen comento debe, á nuestro juicio, reposar sobre la pureza de los principios, pero los límites del comentario son harto reducidos, como que se ciñen á un precepto, y de ahí que por su peculiar naturaleza mueve, más que á teorizar, á descomponer el cuerpo de doctrina ya formado, para conocer sus propiedades y deducir las consecuencias de su aplicación.

El *jus retentionis* pide para su estudio fundamental una monografía; se muestra un tanto rebelde á encerrarse en el marco estrecho de un comentario, donde forzosamente ha de ser estudiado de un modo específico, si se nos permite la frase, es decir, r. cionándolo exclusivamente con el derecho de posesión.

El *jus retentionis*, de abolengo romano, conservado en el cu o de los siglos por la legislación de Partidas, ha sido recogido r

el Código civil, y prescindiendo en este momento de desentrañar su naturaleza jurídica, podemos afirmar en términos generales, que en el conjunto de medidas protectoras con que la ley ampara la buena fe del poseedor, ocupa lugar preferente este derecho de retención, cuyo objeto es garantir el reembolso de las impensas necesarias y de las útiles.

Algunos autores han creído encontrar el germen del *jus retentionis* en la *manus injectio* y en la *pignoris capio*, es decir, en dos especies de las cinco que Gayo enumera al describir el antiguo procedimiento de las *legis actiones*.

La *manus injectio*, como dice Ihering, consistía en poner la mano sobre la persona del deudor; la *pignoris capio* en la aprehensión real, en el embargo de sus cosas; la primera era una ejecución personal, la segunda una ejecución real. Pero la *manus injectio* y la *pignoris capio* se manifestaban originariamente como actos de justicia extra legal, como solemnes reparaciones privadas, y según hace notar Ihering, para convertirse en verdaderas especies de procedimiento era menester que el derecho del acreedor fuese controvertido. Entonces surgía un verdadero pleito. El acreedor que ejercitaba la *manus injectio* debía llevar al deudor del sitio en que lo hubiere hallado ante los jueces para que allí por el Pretor se resolviese la contienda y se decidiese la justicia mediante un procedimiento. Si el deudor se sometía de buena voluntad, la justicia ya no tenía que intervenir. Podía ocurrir que el deudor se resistiese por las vías de derecho á la *manus injectio*, mas entonces no podía defenderse por sí propio y era menester que buscase quien, representándolo legítimamente, lo defendiera. Este tercero, llamado *vindex*, suspendía la ejecución, y si el deudor era condenado, sufría al mismo tiempo una pena igual. Si el deudor no encontraba *vindex*, el acreedor se lo llevaba á su casa, en donde *le retenia* en prisiones y en precaria situación, sometido á esclavitud de hecho, aunque no de derecho, reducida la alimentación, etc. Esta dureza no era tan cruel como algunos escritores se han complacido en presentárnosla, porque la severidad de la *legis actio* se templaba por el espíritu jurídico del pueblo romano, que consideraba un compromiso honroso responder como *vindex* en favor del pariente perseguido.

En la *manus injectio* radicaba el nervio de la *executio judicati*, que el acreedor procedía materialmente, poniendo la mano

sobre la persona del acreedor y reteniendo al *judicatus* treinta días, durante los cuales podía satisfacer al acreedor por pago ó transacción ó presentar *vindex*. Vino luego la *manus injectio pura* y fuese templando el primitivo rigor, porque ya permitióse al demandado, *manum sibi depellere*, apartar de sí la *manus*, siendo *vindex* de si mismo. La *pignoris capio* (1) se introdujo para el pago de ciertos créditos, unos de índole militar, como el del soldado que no habiendo recibido su estipendio, podía apoderarse de una prenda, *pignus capere*, perteneciente al encargado de distribuir el *aes militare;* otros de naturaleza religiosa, como el del que habiendo comprado una res para el sacrificio, no abonaba su precio; otros de carácter fiscal, como la *pignoris capio* establecida por la ley de las XII Tablas en favor de los publicanos contra aquellos que no satisfacían las vectigales.

Aunque la *pignoris capio* revestía la forma de una reparación privada porque, según el texto de Gayo, la toma de la prenda se efectuaba extrajudicialmente y no ante el pretor y aun en ausencia del contrario, y además, porque la prenda podía tomarse en los días nefastos, cree Ihering con fundadísimo motivo, y es la opinión que hoy domina, que esto ocurriría cuando el embargado se allanaba y reconocía el derecho del contrario, pero no cuando se opusiese, porque entonces cualquiera hubiera podido á su capricho efectuar un embargo contando de antemano con la indefensión forzosa del embargado.

Existía, pues, una verdadera retención, tanto más propia cuanto que no es inverosímil presumir que el ejercitante de la *pignoris capio* no podía vender la cosa (la prenda en el derecho antiguo romano no llevaba anexa esta facultad), encaminándose la acción á procurar por la *retentio* la satisfacción del acreedor mediante el rescate de la cosa aprehendida.

Cuando el sistema de las *legis actiones* desapareció, efecto, según dice Gayo, de la excesiva sutileza con que los antiguos legisladores redactaron las leyes, el derecho de retención tomó otro aspecto. Dentro del derecho formulario, es decir, dentro de la fórmula, no cabía que se ventilaran dos cuestiones, porque prevalecía el principio de que en todo litigio no podía tratarse ás

(1) Gayo, Inst. Libro IV, § 27 y 28.

que de una demanda, y así fué que en ciertos casos en que el *jus retentionis* era indeclinable consecuencia de la acción principal, como acción contraria se admitió *ipso jure* la disminución del crédito en aquella porción representada y amparada por el *jus retentionis*.

A este propósito cita Ihering un caso notable. Sabido es que después de la disolución del matrimonio quedaba el marido en la obligación de restituir la dote; el marido gozaba de un derecho de retención por las impensas necesarias que hubiese hecho. Para resolver la dificultad se admitía, sigue diciendo Ihering, que la dote de la mujer quedara disminuida en el importe del crédito contrario. Por consiguiente, no se trataba ya de él en el proceso con su propia calidad, figurando solo como factor sustractivo, puesto que de antemano disminuía en su equivalente el importe de la acción. El conflicto de ambos créditos no llegaba al Tribunal con motivo del proceso, sino que se resolvía fuera de todo debate judicial. El único objeto del proceso era el crédito de la demandante, disminuído previamente por el demandado.

Pero el sistema formulario, aunque lentamente fué también desvaneciéndose, las excepciones propiamente dichas se perfeccionaron y comenzaron á formularse normalmente, y entonces el *jus retentionis* encarnó en una verdadera excepción de dolo, en cuya virtud se enervaba, ó dicho en términos más propios, se paralizaba la eficacia de la acción. El *jus retentionis*, en general, se presenta, dice Tartufari, como una facultad de oponer una excepción de dolo, porque á la demostración de que resultamos deudores oponemos la de que también se nos debe, y aduce el testimonio de Carpzovio, el cual presenta el *jus retentionis* como una especie de legítima defensa de nuestro propio derecho.

Species exceptiones, qua intendimus defendere rem quam tenemus donec de debito vel de jure nostro satisfiat.»

Confirma asimismo que es una verdadera excepción, Lauterbach, el cual define el derecho de retención diciendo que *retentio est retardatio traditiones rei ad alium pertinentis ex justa causa com[illegible]ns.*

Aunque sea propasándonos algo en nuestra esclusiva misión [illegible]omentaristas, vamos á buscar la confirmación de la idea expu[illegible]sta, en algunos textos de los cuerpos legales de la época justi[illegible]nea. *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumtus*

fecit, per doli mali exceptionen ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumtibus. Idem est etiam si noxali judicio servum defendit, et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit, nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eun aedificium (1). Esto es: si el poseedor, antes de contestar el pleito, hizo gastos en la cosa reclamada, los puede repetir por la excepción de dolo, si perseverase el actor en pedir su cosa sin satisfacer dichos gastos.

Lo mismo se dice si defiende al siervo en el juicio noxal y satisface el dinero en que fué condenado; ó en área perteneciente al actor edificó por error una casa, á no ser que éste pasase porque se quite el edificio.

Otro texto que demuestra evidentemente que el *jus retentionis* tomó en el procedimiento el carácter de una excepción de dolo, es el siguiente:

Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, á bona fide possessore facti neque ab eo, qui praedium donavit, neque á domino peti possunt; verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur scilicet si fructum ante lite contestatam perceptorum summan excedant (2)... Los gastos que el poseedor de buena fe haya hecho en el predio que luego resultó ajeno, no se pueden pedir ni al que lo donó ni al señor; pero oponiendo la excepción de dolo, se retienen por razón de equidad por oficio del Juez; esto es, si exceden del importe de los frutos percibidos antes de la contestación del pleito...

La misma conclusión obtenemos del siguiente texto: *Paulus respondit, eum, qui in alieno solo aedificium estruxerit, non alias sumtus, consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet scilicet opposita doli mali exceptione* (3). Respondió Paulo que el que levantase edificio en suelo ajeno no puede conseguir los gastos de otro modo que si poseyese, y pidiendo el señor del suelo la cosa como propia le opusiera la excepción de dolo malo.

No debemos, dada la índole de esta obra, extendernos en más consideraciones acerca del *jus retentionis* en el Derecho romano;

---

(1) Ley 54, § V, tít. I, lib. 6.° Dig.
(2) Ley 48, tít. I, lib. 6.° Dig.
(3) Ley 14, tít. IV, lib. 44, Dig.

pero si nuestros lectores quisiesen profundizar en el estudio de esta tan interesante materia, en el volumen tercero de la obra de Assuero Tartufari, titulada *Degli effetti del possesso*, encontrarán por vía de apéndice una notable y extensa monografía acerca del particular.

Dijimos antes que el derecho de retención, que no es exclusivo patrimonio de la relación posesoria, pasó á nuestra patria por el camino que el renacimiento del Derecho romano trazó, y en las obras que á su calor se produjeron. Entre éstas ocupa lugar preferentísimo el Código de las Siete Partidas.

El derecho de retención consagrado en la misma forma, con análoga extensión y aplicable á la misma institución jurídica, es decir, á la posesión, lo encontramos en la ley 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª, que puede consultarse en los *Precedentes legales* del artículo que estamos comentando: «...é maguer el señor de la casa ó de la heredad lo venciesse della en juizio, non gela deue éste entregar fasta quel dé lo que despendió en esta razon.» La diferencia entre el derecho de Partidas y el Código novísimo está en que el primero concedía el *jus retentionis* por las impensas necesarias, tanto al poseedor de buena como al de mala fe, y el segundo limita atinadamente este derecho al que está poseyendo, en la inteligencia de que es suya la cosa poseída.

El mismo derecho de retención encuéntrase establecido en las Partidas con respecto á otras instituciones jurídicas; así, por ejemplo, la dote; porque el marido está facultado para retener el campo dotal inestimado por razón de las impensas que en él realizara y hasta tanto que le fueran satisfechas.

La Partida 5.ª, en la ley 9.ª de su tít. II, nos ofrece otro ejemplo del *jus retentionis*. Ocupándose de «quando deue tornar el préstamo (comodato) aquel que lo rescibió», y después de consignar el principio de que una vez que la cosa llene el servicio para el que fué prestada, ó cumpliere el tiempo señalado, no debe demorarse la entrega ni retenerse por razón de prenda, aunque el comodatario fuese acreedor del comodante, añade: *Fueras ende si la debda fuesse por pro ó por razon de aquella cosa mesma que rebió prestada. E aun estonce ha menester que sea fecha despues gela prestaron, e non ante. Ca estonce bien la puede tener, fasta sea entregado de la despensa que fizo en la cosa prestada, seyendo despensa atal que con derecho la puede demandar.*

Según la ley 22, tít. XIII, Partida 5.ª, el acreedor pignoraticio debe restituir la cosa dada en prenda al deudor, así que éste le haya satisfecho la deuda; mas la podrá retener por razón de nueva deuda, aunque no con el carácter de prenda, sino como verdaderos rehenes del último compromiso. «*Bien la podria retener, como quier que aquel peño non le fuesse obligado señaladamente por la debda que despues le demanda.*»

Nuestro reciente Código civil, siguiendo la corriente moderna, que, como hemos dicho, tiende á generalizar el *jus retentionis*, legisla sobre él concretamente, concediéndole ó negándole.

Concede el derecho de retención el art. 502 al usufructuario por razón de las reparaciones extraordinarias verificadas en la finca, siempre que fueren indispensables para la subsistencia de la cosa. He aquí sus palabras: «Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho á exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.

Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho á exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento del valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.

Si el propietario se negare á satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho *á retener* la cosa hasta reintegrarse con sus productos.»

Nótese en este caso una singularidad del *jus retentionis*, de la que habremos de hacer en su lugar oportuno, pero dentro de este mismo comentario, el uso consiguiente. En la situación jurídica prevista por el art. 502 del Código civil, la retención se considera, no como medio coercitivo para obligar al deudor al pago, privándole temporalmente de los beneficios que el goce de su propiedad pudiera reportarle, sino como medio de obtener una compensación. El *jus retentionis* tiene en este caso mucha analogía con el pacto anticrético, y podemos considerarlo como medio extintivo de una obligación, puesto que el derecho de retener la cosa dura sólo el tiempo necesario para compensar con los frut el coste de las reparaciones extraordinarias indispensables pa la subsistencia de la cosa usufructuada. El Código se desv conscientemente de las propiedades genuinas del *jus retention*

pero la desviación es racional, va derecha hacia el logro de una finalidad jurídica, y merece ser atendida y estudiada por el progreso que revela.

Otro caso de retención es el que prevé el art. 1.368. «El abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas se regirá por lo dispuesto con relación al poseedor de buena fe.» De este precepto se desprende rigorosamente que si el poseedor de buena fe tiene el derecho de retener la cosa poseída por razón de los gastos necesarios y de las mejoras útiles, el marido le tiene igualmente sobre los bienes de la dote inestimada por razón de los mismos gastos y mejoras.

Por el mismo motivo legal tiene el marido el derecho de retención respecto de los bienes parafernales cuya administración le hubiese sido entregada. Dispone el art. 1.391 que la devolución de los bienes parafernales cuya administración hubiese sido entregada al marido, tendrá lugar en los mismos casos y en la propia forma que la de los bienes dotales inestimados. Si en la dote inestimada goza el marido del *jus retentionis*, y la devolución de los bienes parafernales se rige por los preceptos que regulan la devolución de la dote inestimada, indiscutible es que el marido puede retener en su poder por razón de impensas necesarias ó de mejoras útiles, hasta tanto que se le satisfagan los gastos que haya hecho, los bienes objeto de las impensas ó mejoras. Rózase esta cuestión con el problema de la divisibilidad ó indivisibilidad del *jus retentionis*, y volveremos á tratarlo cuando nos ocupemos de dicho extremo.

Así como en los casos que preceden, el Código concede expresamente el derecho de retención, así hay otros en que niega dicho derecho de un modo categórico. Uno de éstos nos lo ofrece el comodato. El Código civil, apartándose del precedente establecido por el Código del Rey Sabio, declara en el art. 1.747 que el comodatario *no puede retener* la cosa prestada á pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas. No es este lugar más que de exponer y por eso no entramos en la crítica de la disposición.

Vuelve de nuevo á aparecer el derecho de retención con motivo del contrato de depósito. El art. 1.779 dispone que «el depositante está obligado á reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y á in-

demnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito». Y á renglon seguido añade en el art. 1.780: «El depositario *puede retener en prenda* la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito. Singularísima es la frase *retener en prenda:* porque habiendo querido el legislador establecer un verdadero derecho de retención, con todas sus notas ó propiedades características, ha adicionado la voz prenda, que hará dudar á muchos si es un derecho de retención el que la ley concede ó un contrato legal, digámoslo así, accesorio ó de garantía con las cualidades que son propias á la prenda, y entre las cuales está la de poder vender la cosa empeñada. Según nuestro criterio, se trata de un caso típico del *jus retentionis*, y decimos esto, porque no existe en el tít. XI del libro cuarto, que legisla acerca del contrato de depósito, un artículo que conceda al depositario la facultad de vender la cosa depositada para hacerse pago de los gastos que haya hecho y sean abonables al tenor de la ley. Por esta misma razón, aunque el Código habla de *derecho de retención*, al desarrollar la doctrina concerniente á la prenda, no podemos considerarlo tal, porque ni el *jus retentionis* en toda su pureza es la prenda, ni siquiera una cualidad de la misma. Dice el artículo 1.866: «El contrato de prenda da derecho al acreedor para *retener* la cosa en su poder, ó en el de la tercera persona á quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito. Pero esta redacción, un tanto apartada de la nomenclatura de la ciencia jurídica y engendradora de confusión, se despeja bien pronto por el art. 1.872, que reconoce al acreedor á quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, el derecho de proceder por ante Notario á la enajenación de la prenda.

El art. 361 del Código nos ofrece también otro caso del derecho de retener. No está legislado expresamente, pero dedúcese de un modo irrefragable la procedencia de su aplicación. El artículo aludido concede al dueño del terreno en que se edificare, sembrare ó plantare de buena fe el derecho de hacer suya la obra, siembra ó plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454. El edificante, el plantador, el sembrador, tienen la posesión natural del suelo en que edificaron, plantaron ó sembraron, porque si hubiesen carecido de esta tenencia ó posesión de hecho, la edificación, la plantación ó la siembra no hubiesen sido posibles. Concurriendo, pues, la posesión de hecho,

la buena fe y el derecho reconocido por la ley á la indemnización que establecen los artículos 453 y 454, la retención de la cosa, mientras esta indemnización, que alcanza á los gastos necesarios y á las mejoras útiles, no se satisfaga, es indiscutible.

Algunos autores han creído encontrar otra manifestación del derecho de retención en la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Su razonamiento tiene por base la consideración de que mientras el pago del precio que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajena ó se cede no se satisfaga, el propietario no puede ser privado de su propiedad, y si lo fuese, tiene el derecho de utilizar los interdictos de retener y recobrar para que los jueces amparen y reintegren en la posesión al indebidamente desposeído (1).

Nosotros no vemos aquí ningún derecho de retención, sino una lógica consecuencia del principio de que el propietario de la cosa sobre la cual recae el expediente de expropiación, no pierde la propiedad de la misma mientras no se le abone la indemnización comprensiva del precio real y del de afección. Las demás disposiciones de la ley de expropiación, concernientes al derecho de ampararse de los interdictos, no constituyen, á nuestro juicio, sino el desarrollo particular, digámoslo así, la aplicación á un caso concreto del precepto constitucional conocidísimo del art. 10 (2), en concordancia con las leyes civiles y los medios que están establecidos para amparar la posesión.

Los cuasi contratos, considerados en relación con los efectos que en el orden legal producen, nos suministran otro caso en que el derecho de retención puede ser ejercitado. Veamos la gestión de negocios ajenos. El art. 1.893 del Código civil dispone que aunque la gestión ajena no hubiese sido expresamente ratificada, el dueño de bienes ó negocios que aproveche las ventajas de la gestión será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, é indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de su cargo. De este artículo implícitamente se desprende la facultad del gestor para retener la cosa, mientras

(1) Artículos 3.° y 4.° de la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879.

(2) Constitución de la Monarquía española de 1876.

que el dueño no le reembolse los gastos necesarios y mejoras útiles. La obligación de indemnizar gastos y mejoras, por cuanto supone necesariamente una posesión de hecho, lleva anejas las garantías de la *retentio*.

La repetición de lo indebido es otro cuasi contrato, del cual puede nacer el derecho de retención. Si aquel que recibió una cosa indebidamente, pero con buena fe, introduce en ella mejoras útiles, ó hace gastos para su reparación, tendrá el derecho de que el propietario le abone el importe de lo gastado, reteniendo la cosa en el ínterin no sea reembolsado de los susodichos gastos ó mejoras.

Así lo dispone el art. 1.898, estableciendo que en cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa, se estará á lo dispuesto en el título V del libro segundo.

Ya á las altúras que alcanza nuestra investigación, procede que estudiemos las propiedades cualificativas, por decirlo así, del *jus retentionis;* pero no lo haremos sin exponer antes que el derecho de retención aplicado á la doctrina posesoria, lo hallamos, no sólo en la legislación patria, sino en las extranjeras, explicándose esta universalidad por la ascendencia común de un tronco robusto, cual es el Derecho romano. El Código de Italia otorga, en el art. 706, al poseedor de buena fe el derecho de retener la cosa poseída, por razón de las mejoras hechas en la misma que permanezcan subsistentes, siempre que se hubiesen pedido en el curso del pleito de reivindicación y se hubiere dado alguna prueba de su existencia. El notable publicista Emigdio Pacifici Mazzoni encuentra el origen del art. 706 del Código civil de su Nación en la L. 2.ª, Cód. Greg., *De rei vind. III.*

El Código de Guatemala (art. 526), siguiendo la corriente universal, reconoce al poseedor de buena fe el derecho de retener la cosa, objeto de la posesión, hasta que no se le satisfagan las espensas necesarias y las útiles. El mismo principio consagra el Código de Méjico en los artículos 939 y 940, y el Código lusitano en el 498.

Estudiemos ahora las propiedades ó notas características d *jus retentionis*.

Del jus retentionis: sus requisitos y caracteres.—No vamos á h blar del derecho de retención en toda su generalidad, es deci

considerándolo en abstracto, sino aplicándolo á la relación posesoria.

Desde este punto de mira, los requisitos del *jus retentionis* son: 1.° La declaración legal de un estado posesorio, ya como manifestación de una relación de propiedad ó de una nueva relación posesoria. 2.° Existencia actual de una posesión de hecho. 3.° La buena fe del poseedor. 4.° La existencia de un crédito representativo de los gastos hechos en contemplación á la subsistencia ó mejoramiento de la cosa. Los expresados requisitos integran el *jus retentionis* de tal modo, que si eliminamos uno de ellos ya no podremos concebirlo en el derecho de posesión. Sin embargo; de estos cuatro elementos, el primero es característico de la relación posesoria y variable á tenor de las instituciones en que el derecho de retención se manifieste. Así, por ejemplo, en el contrato de depósito, el primer requisito no será la declaración judicial de un estado posesorio, sino la petición de la cosa depositada por el que la constituyó en depósito ó por su mandatario: en la restitución de la dote inestimada, el elemento variable estará representado por el hecho jurídico de la disolución del matrimonio ó de la sociedad de gananciales. Los tres elementos restantes son fijos; el segundo, ó sea la existencia actual de una posesión de hecho, porque mal podrá *retener* una cosa quien no la tuviese actualmente. Esta tenencia la denominamos posesión de hecho, siguiendo con ello la estructura que el Código ha dado á la posesión natural, definiéndola como tenencia de una cosa ó disfrute de un derecho por una persona; el tercer elemento, es decir, la buena fe del poseedor, porque es indiscutible que cuando se posee con justo título, la buena fe es inherente, y finalmente, la existencia del crédito representativo de los gastos hechos para la conservación ó mejora de la cosa, porque es el nervio del derecho del poseedor de buena fe, mediante el cual se determina jurídicamente en el propietario ó nuevo poseedor la obligación de reembolsar los dichos gastos.

Examinemos ahora aisladamente y con la mayor concisión cada uno de estos cuatro requisitos integrales del *juris retentionis*.

1.° *Declaración judicial de un estado posesorio, bien como manifestación de una relación de propiedad ó de una nueva relación posesoria.*

El derecho de retención, considerado en su aspecto general, no es más que uno de los medios protectores de la posesión de buena fe; cierto que no tiende directamente á procurar la conservación del estado legal posesorio; pero su finalidad no es otra que la de mantener una posesión de hecho, en tanto el poseedor de buena fe no sea indemnizado de los gastos necesarios y de las mejoras útiles que hiciera en la cosa poseída. El derecho de retención á su vez debe ser protegido, porque produciendo una posesión de hecho, que podemos calificar de natural, una tenencia jurídica, aunque sin que por ella pueda el que retiene usucapir la cosa retenida, entendemos que si es despojado de dicha tenencia ó posesión natural, es factible que el poseedor se ampare de los interdictos.

Si, pues, el derecho de retención crea un nuevo estado transitorio durante el cual el poseedor de buena fe continúa en la tenencia natural de la cosa, es porque cesa un estado posesorio anterior. Ahora bien: ¿cómo puede cesar este estado posesorio? Por el reconocimiento de un derecho preferente, v. gr., el derecho dominical á favor de un tercero. La retención, por su índole especialísima, por ser, como dice con frase muy gráfica Tartufari, un derecho *sui generis*, se manifiesta en la vida jurídica y principalmente en su realización formal con todos los caracteres de una singularísima excepción. No es la excepción que destruye ó enerva la acción principal ejercitada. Requiere un derecho preexistente y firme, y la virtud exceptiva de la retención consiste en condicionar la efectividad de dicho derecho. Es, pues, una verdadera condición legal suspensiva que paraliza la realización del derecho ya preexistente, y en tal sentido, la alegación del *jus retentionis* constituye, dígase lo que se quiera, una excepción cuya singularidad movió al ilustre Tartufari á calificarla de *sui generis*.

Apareciendo el derecho de retención como excepción opuesta á la efectividad de un derecho preexistente, es ante todo necesario, para que la excepción pueda ejercitarse, que el derecho se consagre en el orden legal y que adquiera firmeza é indiscutibilidad. El único medio que conduce á este resultado es la declaración judicial de un estado posesorio que haga cesar ese otro estado anterior del que hablábamos no ha mucho y de cuya extinción depende la posibilidad de ejercitar el *jus retentionis*.

Esta consagración judicial, requisito variable del derecho de retención, pero substancial tratándose de la relación posesoria, puede ser declarativa del dominio de un tercero sobre la cosa que el poseedor de buena fe haya venido poseyendo, como sucederá en el caso en que el poseedor de buena fe resulte vencido en pleito de reivindicación. El *jus vindicandi*, desde el instante que se ejercita, produce el efecto de disipar la buena fe del poseedor; más cuando recibe su confirmación por el fallo ejecutorio de un Tribunal de Justicia, entonces, *ipso facto*, destruye el estado posesorio anterior y crea un nuevo estado que se caracteriza por ser manifestación de un derecho dominical y por admitir la posibilidad de una tenencia ó posesión natural si el poseedor hace uso del *jus retentionis*. La declaración judicial hemos dicho también que puede ser expresión, no de una relación dominical, sino de una nueva relación posesoria, como sucedería en el caso que creyéndose dos con derecho á poseer una misma cosa y no siendo posible la posesión como hecho en dos personalidades distintas á la vez, se promoviere pleito sobre la posesión y uno de ellos resultare vencido. Si el que perdiere el pleito, poseyendo con buena fe, hubiese hecho gastos en la cosa con el propósito de impedir su destrucción, creemos que disfrutará del *jus retentionis* hasta que le sean abonadas las impensas.

2.° *Existencia actual de una posesión de hecho.*—Es esta la misma doctrina romana que Paulo enseña en el libro de las respuestas, Ley 14, tít. IV, libro 44 del Digesto, y cuya cita hemos ya hecho. *Paulus respondit, eum qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumtus consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

Si el poseedor perdiere la posesión de hecho, la retención sería imposible. Verdad es que, á contar del pronunciamiento de la declaración judicial que como primero y substancial requisito del *jus retentionis* hemos estudiado, la posesion de buena fe hábil para usucapir, ya interrumpida desde la interposición de la demanda, se trueca en una mera tenencia que calificamos, siguiendo á Tartufari, de posesión de hecho.

El derecho de retención con respecto á la relación posesoria es eminentemente material, porque requiere la tenencia de la cosa. Tan es así, que (admitiendo por un momento la nomenclatura romana) en la cuasi posesión, ó sea en la que hoy podríamos

llamar posesión de un derecho, la retención no es posible porque no se retiene, propiamente hablando, el objeto de la posesión, que es incorporal, sino la cosa sobre la que el derecho poseído recae, v. gr., el derecho real de usufructo, *juris quasi possessio, de una servidumbre personal.* El usufructuario que ha estado poseyendo el derecho de usufructo, no sigue siendo usufructuario en la propia significación de la palabra, sino tenedor de la cosa.

Fijémonos ahora en el derecho de posesión ejercitado sobre una cosa, *quae tangi possunt*, corporal. Observaremos que siendo la cosa el objeto de la posesión, el *jus retentionis* recae sobre esa misma cosa. Hay, pues, una comunidad de objeto entre la retención y la posesión. La ausencia de esta comunidad cuando se trata de la cuasi posesión, ó sea la posesión de los derechos (cosas incorporales), *quae tangi non possunt*, nos descubre la materialidad, por decirlo así, del *jus retentionis*.

Consideramos por tanto como segundo requisito substancial é integrante del derecho que estamos estudiando, la existencia de una *posesión actual de hecho*, ó dicho en otros términos, de una genuina posesión natural. En el mismo derecho real de usufructo *(servidumbre personal)* que, como dice Savigny al ocuparse de *la juris quasi possessio*, no puede ejercerse sin la posesión natural de la misma cosa, el derecho de retención se presenta teniendo como objeto, no la incorporalidad del derecho real, nervio fundamental de su *quasi possessio*, sino la cosa misma sobre la cual recae el usufructo y en la que el usufructuario tiene una posesión natural. Ciertamente por esta especialidad del usufructo, dice el ilustre Savigny que su *quasi possessio* se parece más á la posesión propiamente dicha que la de ningún otro derecho real, manifestándose esta semejanza, no solamente en la adquisición y en la pérdida, sino también en los interdictos. Recogiendo las ideas vertidas y dándoles una forma concisa, podemos dejar sentado que el *jus retentionis* es como una especie de proyección de la posesión natural, y que allí donde esta última no existe, no encontrará condiciones de viabilidad el derecho de retención. Descendiendo de la región de las ideas á la más tangible y asimilable de la práctica, hallamos una plena confirmación de aseverado. Recordarán nuestros lectores que en la breve excursión que hemos hecho por el Código civil hemos observado derecho de retención establecido en el contrato de depósito

favor del depositario por los gastos que hubiese hecho en contemplación á la subsistencia de la cosa depositada (artículos 1.779 y 1.780). El derecho de retención tiene vida legal en el depósito, porque el depositario, como está en la tenencia de la cosa depositada, goza de una posesión natural. Otro ejemplo. El marido que, como es consiguiente, posee naturalmente el fundo dotal inestimado de su mujer, tiene asimismo el *jus retentionis* por razón de las impensas que hubiere hecho para procurar la conservación de dicho fundo (art. 1 368).

Estos dos ejemplos nos revelan el fundamento con que Paulo exclamaba en el texto citado «*si possideat*» y con que nuestro Código en los artículos comentados concede el derecho de retención sólo al *poseedor* de buena fe.

3.° *La buena fe del poseedor*.—He aquí el tercero de los requisitos fundamentales del *jus retentionis*. Cita á este propósito Tartufari un texto de la Instituta que demuestra la identidad que existe entre la doctrina romana y la que consigna el derecho moderno por conducto de los diversos Códigos vigentes. *Certe illud constat, sine possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domun suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset...* (1). Esto es, si estando poseyendo el edificante, viniese el dueño del suelo pidiendo como suya la cosa sin pagar el precio de los materiales y lo gastado en la construcción de la fábrica, puede ser repelido por la excepción de dolo malo sólo si el poseedor hubiese edificado con buena fe.

Nuestro derecho positivo vigente, aceptando igual criterio al seguido por el Derecho romano, pone como condición primera para el ejercicio del derecho de retención la buena fe del poseedor. Aun en aquellos casos en que el *jus retentionis* se concede, más que por efecto de una posesión de buena fe, á consecuencia de la especialidad de la relación mantenida con la cosa por el sujeto de derecho, como sucede con el depósito, con el usufructo, con la dote inestimada, etc., el derecho de retención se apoya en una buena fe presunta. El marido posee, naturalmente, el fundo dotal

1) Inst. ley 30, libro 2.°, *De rer. div.* Concuerda con la ley 50, 1.°, Dig., *De. her pet*, y con la ley 11, § 16, C.° *De Rei v.*, III, 32.

inestimado de su esposa. El usufructuario tiene, como hemos visto, la posesión natural de la cosa usufructuada. El modo ó título de su tenencia se apoya en la ley. La buena fe, por tanto, es inherente; si así no fuera, el derecho de retención no sería lícito ni posible.

Constituiría una profunda inmoralidad conceder el derecho de retención al poseedor que desde un principio hubiese poseído y realizado gastos y mejoras en la cosa á sabiendas de que ésta era de ajena propiedad. Valdría tanto como amparar á los expoliadores en el disfrute del despojo, y la ley que mantuviera un estado semejante se distanciaría en absoluto de la equidad.

Notemos á este propósito cómo los Códigos guardan unanimidad perfecta en no conceder el derecho de retención sino al poseedor de buena fe, y si alguna nota discordante se alza, tal como la ley 44 del tít. XXVIII de la tercera Partida, hay que atribuirla, más que á un espíritu preconcebido del legislador, á la generalidad del principio que dicha ley estableció y en cuya generalidad quedó sofocada la excepción que la jurisprudencia moderna ha tenido buen cuidado de expresar con todo relieve y claridad.

4.° *Existencia de un crédito representativo de los gastos hechos en contemplación á la subsistencia ó mejora de la cosa.*

Este último requisito substancial del *jus retentionis* comprende, si se analiza detenidamente, dos elementos que lo integran; á saber: 1.°, la existencia de un crédito; que el poseedor de buena fe sea acreedor del reivindicante ó del que haya de sucederle legítimamente en la posesión; 2.°, que este crédito haya nacido en consideración á la cosa. Valiéndonos del lenguaje sintético por excelencia, expresaremos nuestro pensamiento con estas palabras: *debitum cum re junctum.*

No basta para poder ejercitar el derecho de retención que el poseedor de buena fe tenga un crédito cualquiera contra el reivindicante; así, v. gr., un crédito por préstamo mutuo. Introduciríase la confusión en el derecho y quedarían borrados los límites de todas las relaciones jurídicas contractuales, aparte de que se atentaría contra la naturaleza de cada institución.

La posesión, por ejemplo, está protegida por los medios l. les, bien se manifieste como la exteriorización de una relació propiedad, ó sólo como un estado posesorio. Si el ejercitante *jus vindicandi* venciese en el juicio de reivindicación, y al re

mar la posesión al poseedor actual, éste se la pudiese negar excepcionando la existencia de un crédito por acción personal, convertiríanse en un mito esos medios protectores de la posesión.

Además, como observa con sagacidad el distinguido autor francés Paul Pont (1), alteraríase profundamente el mantenimiento de la igualdad entre los diferentes acreedores si se permitiese al detentador de la cosa retenerla en consideración á la existencia de una obligación cualquiera del propietario para con el detentador.

Si el *debitum, cum re conjunctum* no fuese requisito integrante del derecho de retención, el mero hecho de la posesión natural de una cosa convertiríase en garantía universal de toda clase de obligaciones, y no por prescripción de la ley, sino por determinaciones individuales de la voluntad.

Todas estas consecuencias que argumentando en contra obtenemos, explican la persistencia con que todos los escritores que se han ocupado de estas materias, y la jurisprudencia con ellos, han puesto especialísima atención en dejar sentado como fundamento jurídico del *jus retentionis*, esta conexión íntima entre el débito y la cosa.

Tartufari encuentra en dos textos de la época justiniánea la consagración que la antigüedad romana prestó al concepto que estudiamos.

«*Si quis sciens agrum alienum sevit, vel plantas imposuit, postquam eae radicibus terram fuerint amplexae solo cedere rationis est, domini enim magis segetem vel plantas, quam per huiusmodi factum solum sium facit. Sane eum qui bona fide possidens haec fecerit per doli mali exceptionem, contra vindicantem dominium, servare sumptus iuris auctoritate sinificatum est* (2).

Si in area communi domun aliquis extruxit, hane vobis commun nem iuris fecit ratio cuius portionem ab eo qui bona fide possidens aedificavit si velis vindicare sumptus offerre debes, ne doli mali possis exceptione submoveri (3).

La conexión del débito con la cosa poseída ha de ser íntima,

---

1) *Explication theorique et practique du Code Civil.*
2) Cód. Ley 11. *De rei vindicatione.*
3) Cod. Ley 16. *De rei vindicatione.*

es decir, el débito del propietario ó del sucesor en la posesión ha de reconocer por causa las mejoras hechas en la cosa poseída ó los gastos necesarios realizados para la conservación de la misma. Si el poseedor de buena fe con el propósito de verificar reparaciones necesarias en la cosa contrae un préstamo, y lo invierte en las obras que la conservación de aquélla exige, aunque el préstamo haya reconocido por causa la ejecución de las obras, no puede reclamar su importe y los intereses que haya devengado al propietario ó al sucesor en la posesión, porque no existe intimidad en la conexión con la cosa. En este caso que hemos puesto descúbrese una obligación personal del poseedor para con un tercero, de cuyo cumplimiento no responde como solidariamente obligado el propietario; el poseedor podrá retener la cosa poseída hasta que se le paguen los gastos necesarios y los útiles, pero su derecho de retención nutrirá su raíz en los gastos hechos en la cosa, sin consideración á la procedencia de los fondos invertidos ni á los contratos que para la obtención de éstos pudiera haber celebrado el poseedor.

Analizados los requisitos del derecho de retención, estudiemos ahora sus caracteres.

Caracteres del jus retentionis.—Del estudio de sus notas características obtendremos los elementos necesarios para fijar su naturaleza jurídica, harto discutida y no bien determinada todavía.

a) El carácter primordial del derecho de retención es el de ser *accesorio*.

La simple enunciación de esta cualidad indica de un modo manifiesto que el derecho de retención no podemos concebirlo con existencia separada, y que á la manera de los contratos llamados de garantía, como la prenda, la hipoteca, requiere, no diremos que un contrato principal, porque no estudiamos el *jus retentionis* contractual ó voluntario, pero sí un derecho principal. El *jus retentionis* guarda respecto del derecho, del cual depende, la misma relación que media entre el contrato principal de préstamo, por ejemplo, y el accesorio de hipoteca.

No existiendo el derecho principal, no es jurídicamente posible la vida legal del derecho subsidiario ó dependiente.

Fijémonos en cualquiera de los casos en que el derecho de tención se manifiesta, y hallaremos confirmado plenamente e primer carácter que le hemos asignado; estudiemos el caso n

típico por las analogías que tiene con el del poseedor de buena fe, previsto en los artículos que estamos comentando.

En el matrimonio contraído bajo el régimen que ha venido imperando con exclusividad en la legislación de Castilla, el marido está en la posesión natural del fundo dotal inestimado de su esposa. Decimos posesión natural, porque la posesión del marido desprovista de la *convictio domini* no conduce á la usucapión, reduciéndose á una tenencia ó posesión de hecho. Supongamos que el fundo dotal inestimado no haya requerido para su conservación gastos necesarios, y asimismo que el marido haya prescindido de introducir mejoras encaminadas á producir un aumento de valor de dicho fundo. ¿Nacerá jurídicamente el derecho de retención? De ningún modo. ¿Por qué? Porque como no hay gastos necesarios ni mejoras útiles que reclamar, el marido no ha adquirido derecho alguno.

Pero admitamos el caso inverso, á saber, que el fundo dotal haya exigido un gasto necesario ó haya el marido realizado mejoras útiles, habiéndose acrecentado el valor del predio ó rendido éste más frutos. Desde luego reconoceremos, de acuerdo con la ley, en el marido el derecho al abono de las impensas necesarias y de las útiles. Ya tenemos aquí un derecho principal. ¿Podrá nacer el *jus retentionis?* La posibilidad es evidente. El marido está facultado para retener el fundo dotal hasta que se le satisfaga lo gastado en reparaciones necesarias y en mejoras útiles.

El derecho principal de cuya existencia depende la del derecho relativo de retención, habrá de consistir en un crédito de naturaleza civil. Glasson pretende que un crédito puramente natural generado en consideración á la cosa poseída es suficiente para que el poseedor pueda alegar el derecho de retención. Sus argumentos no descansan en el derecho escrito; están fundados, como hace notar Paul Pont, en la equidad, en ese conjunto de doctrina que, coexistiendo con el derecho civil, pretende sobreponerse á éste en virtud de una pureza superior atribuída á sus principios, según elegante expresión de Sumner Maine.

No estamos conformes con la amplitud que concede Glasson [1] *jus retentionis*. La tendencia moderna se dirige, según ya hemos servado, á generalizar el derecho de retención, siguiendo las uellas del imperecedero Derecho romano; pero un cosa es genedizar, aplicando la retención á las obligaciones legales lícitas

como medio de garantir de un modo relativo su cuplimiento, y otra bien distinta establecerlo con carácter de facultad y de sanción obligatoria en aquellos créditos puramente naturales y de los cuales no pueden formar su contenido sino obligaciones también meramente naturales.

Nosotros, creemos que el *jus retentionis*, como imposición preventiva, desempeña una función protectora ó de defensa, así como las cláusulas de penalidad en las obligaciones contractuales, y en tal sentido, lejos de ampliarlo á todas aquellas obligaciones amparadas únicamente por la coacción moral de la conciencia, debe ser restringido á las obligaciones que tienen su sanción en la ley escrita. Siguiendo el criterio de Glasson, muy equitativo, pero bastante utópico, porque á veces las mayores utopias tienen su raíz en la más pura equidad, el poseedor de buena fe que hubiese introducido mejoras de lujo y recreo estaría autorizado para retener la cosa poseída. He aquí una obligación meramente natural, porque realizadas las mejoras por una persona dotada de capacidad de derecho y amparada por la presunción de que procedía como dueño, el propietario que hubiese vencido en el pleito de reivindicación ó el sucesor legítimo en la posesión no está obligado por la ley al resarcimiento del coste de dichas mejoras, aunque desde el punto de vista de la equidad no deba hacerlas suyas sin indemnizar al que las introdujo.

b) Otro de los caracteres del derecho de retención, y acaso el más singular, es el de su *relatividad*. Esta palabra requiere una explicación. Atendiendo sin duda á esta circunstancia, lo ha calificado Tartufari de derecho *sui generis*. Atribuímos al derecho de retención un carácter de relatividad y le designamos con esta voz, en defecto de otra más propia, porque descomponiendo analíticamente sus elementos constitutivos, se observa que no encaja en el grupo de los derechos personales ni en el de los derechos reales. No es, por tanto, un derecho absoluto *in rem*, porque no se concede únicamente en consideración á la cosa.

La prueba de esta aseveración la hallamos en que el factor decisivo que la ley tiene en cuenta para otorgar ó denegar el *retentionis*, es de carácter personal, puesto que radica en la int ción del sujeto.

Solamente al poseedor de buena fe se le concede el derecho reclamar del propietario el importe de los gastos necesarios

de las mejoras útiles. Al admitir la ley este crédito arranca de una presunción jurídica, es á saber: la que va anexa á toda posesión de buena fe, y á su vez procede en contemplación á una cualidad moral de la persona del poseedor. Aunados estos dos elementos, el derecho de retención lo concibe la ley, no como un gravámen que pesa sobre la cosa, sino como una medida coercitiva para compeler al propietario á que satisfaga el crédito que contra él tiene el poseedor. Ya se admita este crédito como la resultancia de un cuasi contrato, según sostienen algunos autores, ya como una obligación impuesta por la ley, no es posible reconocer en el derecho de retención el título de real.

Todo derecho real afecta á la cosa, se compenetra con ella de modo tal, que hasta sus moléculas, por decirlo así, reciben la influencia del derecho que se constituye. Créase una relación intangible que acompaña á la cosa donde quiera que ésta se encuentre, de modo y manera que si la suponemos mentalmente fuera del poder del obligado, sin consideración á la persona, el acreedor perseguirá la cosa, y ésta le responderá de la satisfacción de su crédito. El derecho real, como garantía, condiciona el dominio, bien por la desmembración de uno de sus atributos, bien por producirse la posibilidad legal de perder ese dominio. En este sentido, el dominio queda condicionado por el derecho real, en cuanto para la resolución de este último la ley prescinde de los medios protectores de toda propiedad y de toda posesión.

Observemos que el derecho de retención no grava la cosa, toda vez que el acto material de retener no pasa de ser un hecho protegido por la ley. El derecho de retención no se compenetra con la substancia de la cosa, porque no hace á ésta responsable inmediatamente de la satisfacción del crédito. El derecho de retención no condiciona el dominio por lo mismo que no afecta á la subsistencia de la cosa, contenido de la relación dominical.

En el derecho de retención, la propiedad de la cosa está constantemente amparada por la ley, y para la resolución del crédito ontemplación al cual la ley lo estatuye, no se produce jamás osibilidad de la pérdida del dominio por el obligado, á lo mecomo consecuencia directa del *jus retentionis*.

¿Cómo, pues, podrá sostenerse que el derecho de retención es *ius in rem* absoluto? No. El derecho de retención tiene, y esto

no lo niegan los autores, notas ó propiedades que son peculiares de los derechos en la cosa.

La comprobación de este aserto se consigue con solo hacer notar que la retención de la cosa poseída puede oponerse como derecho del poseedor de buena fe, lo mismo al propietario reivindicante ó sucesor en la posesión, que á un tercero que con posterioridad hubiese adquirido la cosa reivindicada ó derechos sobre la misma, y alegase el dominio ó dichos derechos. La intención del legislador no ha sido la de crear un derecho eminentemente personal, porque de ser así, la ineficacia del derecho de retención, como dice con mucho acierto Paul Pont, se lograría tan solo con vender ó hipotecar la cosa reivindicada.

Resumiendo las condiciones que preceden, creemos haber dejado demostrado que el *jus retentionis* no es en absoluto un derecho real, ni tampoco un derecho puramente personal. Nótese ahora la exactitud con que no ha mucho enunciamos como uno de los caracteres del derecho de retención el de la relatividad.

c) El tercero de los caracteres que debemos asignar al *jus retentionis* es el de la *indivisibilidd*. Desde este aspecto se nos ofrece otra nota común á los contratos de garantía. La hipoteca, la prenda y la anticresis que, según observamos, mantienen cierta conexión con el derecho de retener, presentan como propiedad característica de las mismas, la indivisibilidad.

Compruébalo el texto legal. Dice el art. 1.860 que la hipoteca y la prenda son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor ó del acreedor; y añade que no podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda ó la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha.

El art. 1.886 hace extensiva á la anticresis la disposición del artículo 1.860.

Cierto es que no existe un texto expreso que atribuya al derecho de retención la propiedad de ser indivisible; pero hay que tener en cuenta que el derecho que estamos estudiando no ha obtenido en el Código otros honores que los bien mezquinos de la mención, quedando á cargo de los tratadistas desenvolver jurídicamente; y no hay tampoco que prescindir de la unanimidad con que los autores que han analizado el *jus retentionis* convienen en asignarle como uno de sus caracteres el de ser indivisible.

¿Qué queremos significar cuando decimos que el derecho de retención es indivisible?

Que puede ser ejercitado por la totalidad del crédito ó por cada porción del mismo sobre la cosa retenida y cada una de sus partes.

B ha introducido mejoras en una casa de tres pisos que posee con buena fe. *C* ejercita el *jus vindicandi*, y obtiene sentencia firme en el pleito de reivindicación, declarativa de la propiedad de la casa á su favor. *B* reclama el pago de las mejoras, que asciende, por ejemplo, á 100, y en el ínterin que *C* no se las satisface retiene en su poder la casa. *B*, que carece de fondos suficientes para abonar de una vez el coste de las mejoras, paga 40. ¿Podrá *C* pedir que en proporción á la parte de mejoras satisfechas se reduzca la retención de la casa?

Creemos que no. Precisamente en esto consiste la indivisibilidad del derecho de retención. Pero puede ocurrir que el derecho de retención se ejercite sobre un conjunto de cosas, cada una de las cuales haya recibido mejoras ó sido objeto de reparaciones necesarias. Entonces, como quiera que es posible efectuar la liquidación individual y conocer el valor de las mejoras introducidas en cada cosa, y el importe de los gastos necesarios, el derecho de retención debe ir cesando á medida que el propietario libere, por decirlo así, una cosa mediante el abono de los gastos necesarios y útiles que respecto de la misma esté obligado á satisfacer al poseedor de buena fe. Esta solución, lejos de quebrantar el principio de la indivisibilidad, lo confirma plenamente.

Por otra parte, sabido es que toda garantía debe cesar en el momento en que queda extinguida ó resuelta la obligación principal. La extinción debe ser total; de ahí que persista la garantía cuando la obligación no se ha resuelto por entero. En el caso que hemos supuesto de un conjunto de cosas retenidas, pero separadas y distintas, no hay razón ninguna para continuar reteniendo *todas las cosas*, si respecto de dos ó tres, por ejemplo, se han satisfecho los gastos necesarios y útiles que en ellas se invirtieron. También es la indivisibilidad, según hemos visto, un carácter substancial de la hipoteca y de la prenda, y sin embargo, cuando son varias las cosas hipotecadas ó pignoradas y cada una de ellas garantiza solamente una porción determinada del crédito, el deudor tiene derecho á que se extingan la prenda

ó la hipoteca á medida que se satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

Hasta ahora hemos estudiado únicamente los caracteres del derecho de retención admitidos por consentimiento de los autores que han analizado este derecho. Mas á nosotros se nos ocurre una duda y, valga por lo que valiere, no queremos dejar de consignarla.

Nuestra incertidumbre se refleja exactamente en esta pregunta: El *jus retentionis* ¿es personalísimo? O en otros términos: ¿Puede ejercitarlo una persona distinta del poseedor de buena fe vencido en juicio de propiedad ó posesión? De resolver adversativamente la interrogación que formulamos, las consecuencias que se derivan nos llevarían muy lejos. Recordemos ante todo que el *jus retentionis* es un derecho accesorio, y que como tal exige la existencia de otro derecho principal. Recordemos también que este derecho principal ha de consistir en un crédito conexo con la cosa y de naturaleza civil. Descendamos ahora al campo privativo del derecho legislado vigente y fijémonos en el art. 1.528 del Código civil. Este dice: «La venta ó cesión de un crédito comprende la de todos los *derechos accesorios*, como la fianza, hipoteca, prenda ó privilegio.» Si el poseedor de buena fe transmite, cede su crédito, ó sea el derecho principal á un tercero, ¿transmite también con el derecho principal el accesorio, ó sea el *jus retentionis?* ¿Puede el adquirente del crédito oponer al propietario la retención de la cosa? La transmisión del crédito principal, ¿concede al tercero un derecho meramente personal contra el propietario?

Nosotros resolvemos todas estas dudas con la siguiente proposición: el *jus retentionis* es personalísimo del poseedor de buena fe. Breves y sencillos razonamientos nos han decidido á pronunciarnos en el sentido que dejamos indicado.

Entre los medios protectores con que la ley brinda al poseedor de buena fe, los cuales nutren su raíz en el principio cardinal de que el poseedor posee como dueño en tanto no se demuestre lo contrario, uno de ellos es el derecho de retención. La ley, por lo siguiente, se ha determinado en méritos á una cualidad ética moral, que como tal deriva de una recta dirección de la conciencia en el individuo. Tratándose de una cualidad moral, no podemos concebirla jurídica ni filosóficamente, sino rev

dose por los actos de la persona. Si, pues, la ley se mueve en contemplación á una cualidad ética, que por ésto sólo ha de ser personal, es inconcuso que la ley brinda el beneficio del *jus retentionis* únicamente á las personas en quienes dicha cualidad moral concurra.

No se necesita más esfuerzo para que desde luego podamos afirmar que el precepto legislativo que establece el *jus retentionis* tiene un carácter personalísimo, y que únicamente el poseedor de buena fe puede ejercitarlo.

Las recompensas, los cargos, los derechos concedidos en atención á circunstancias personales, son intransmisibles y no pueden disfrutarse ni ejercerse sino por las personas á quienes las leyes se los confieren. La investidura de magistrado, el cargo de tutor, el antiguo derecho de retracto gentilicio (ya borrado de nuestra legislación), constituyen una concluyente prueba. Ni la magistratura ni la tutela son susceptibles de cesión, ni el derecho de retracto gentilicio lo fué cuando existía, porque concedido por razón de próximo parentesco, no era posible traspasar á un tercero esta cualidad eminentemente personal y de la que arrancaba la facultad de ejercitar el retracto. El Código civil, para otorgar el *jus retentionis*, considera necesario, según hemos tenido ocasión de analizar, una posesión actual de hecho, y además el requisito de la buena fe en el poseedor. Pero estos dos elementos aislados é independientes nada significan ni determinan en el orden jurídico. Son algo así como dos nombres gramaticales sin nexo que los enlace. Es menester que haya un vínculo que los relacione, y éste consiste en el disfrute de la posesión de hecho por la persona misma del poseedor de buena fe. *Teniendo* actualmente la cosa y *habiendo tenido* buena fe mientras la *posesión* anterior no fué interrumpida por la interposición de la demanda reivindicatoria ó posesoria, puede *retener* el poseedor. ¿Qué se deduce de esta proposición que acabamos de exponer? Una consecuencia muy lógica, cual es la de que perdiendo la tenencia actual se pierde también el *jus retentionis*, de la misma m ra que, eliminada de la relación jurídica generadora del de- re de retención la personalidad que lleva anexa la cualidad ét de la buena fe, se destruye la posibilidad legal de dicho de- re .. El ilustre profesor Laurent, examinando si el derecho de re ión es un derecho exactamente real, le niega esta cualidad,

fundándose en que, perdida la posesión de la cosa sobre la que recae el *jus retentionis*, ya éste no puede ejercitarse, no quedando más que un derecho meramente personal.

Laurent, con su autorizada opinión, confirma nuestro criterio. Observemos ahora que, teniendo por primordial carácter el derecho de retención el de ser accesorio y dependiente de la existencia de un crédito (derecho principal), al ceder este último el poseedor á un tercero, implícitamente abandona el derecho accesorio, que es el de retención.

Pero por virtud de esta cesión del derecho principal, ¿pasará al tercero el derecho de retención? Según nuestro parecer, no: porque en la nueva relación jurídica entre el reivindicante y el tercer cesionario, faltarían la posesión natural, perdida por la renuncia implícita que lleva consigo la cesión, y la buena fe del poseedor, únicamente existente en aquella persona que vino poseyendo con la convicción íntima de que la posesión que disfrutaba era justa. El derecho de retención tiene que ser ejercitado por la misma personalidad de derecho que poseyó con buena fe mientras la posesión no fué interrumpida legalmente. Cuando la continuidad en la posesión natural se interrumpe por un hecho voluntario, que implica necesariamente el abandono de la cosa, la posesión se reputa perdida. Mientras el poseedor de buena fe retiene la cosa en uso de su derecho legítimo, nos encontramos con el reconocimiento judicial de un mejor derecho á la posesión á favor de una determinada persona (la que venció en el juicio de dominio ó posesorio); pero este reconocimiento permanece, digámoslo así, suspenso en su efectividad, en tanto no se resuelva de algún modo ese otro derecho oponible legalmente por el poseedor de buena fe, es decir, el *jus retentionis*. Este derecho, garantía de una obligación principal y á su vez constitutivo en su ejercicio de una posesión natural, puede desaparecer por la cesión del crédito, cesión que indefectiblemente presupone y requiere el abandono de la cosa poseída. Entonces, enfrente del mejor derecho del vencedor en el juicio, no podrá levantarse el obstáculo legal del *jus retentionis*, y aquél entrará en la posesión de la cosa, quedando al adquirente del crédito una acción meramente personal contra el propietario por el importe de los gastos necesarios y de las mejoras útiles que hubiese hecho en la cosa el cedente, ó sea, el poseedor de buena fe. Tal es nuestro parecer. Conceptuamos por

tanto, como otro de los caracteres del derecho de retención, el de ser personalísimo del poseedor de buena fe vencido en juicio de propiedad ó de posesión.

En el campo de la teoría, nunca tuvimos la menor vacilación, pero en el del derecho positivo nos hizo dudar el art. 1.528 del Código civil, al consignar de un modo categórico y sin salvedades, que la venta ó cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda ó *privilegio*. Como quiera que el derecho de retención, en cierto modo, es un privilegio establecido á favor del poseedor de buena fe, parecía que debiera quedar comprendido dentro de la regla general del artículo citado 1.528. Pero la meditación acerca de las cualidades propias del *jus retentionis*, nos ha convencido de lo contrario. El art. 1.528 tiene una excepción, puesto que siendo un derecho accesorio el *jus retentionis*, no va envuelta su cesión en la del crédito principal al que sirve de garantía. No por esto habremos de decir que el art. 1.528 es merecedor de censuras. Lejos de nuestro ánimo achacarle semejante defecto. El expresado artículo encierra un principio general de innegable exactitud, y sería por parte de la crítica jurídica implacable severidad exigir en un Código que se limita á mencionar el derecho de retención un desarrollo del mismo y una aplicación á los preceptos congruentes que sólo se alcanza tras meditada labor, más propia del libro que del articulado.

Como resultado de nuestra investigación, podemos afirmar que los caracteres del derecho de retención son los siguientes:

1.° El de ser accesorio.
2.° El de la relatividad.
3.° El de la indivisibilidad.
4.° El de ser personalísimo del poseedor de buena fe vencido en el juicio de propiedad ó posesión.

Debemos ahora decir breves palabras acerca de la

Naturaleza jurídica del derecho de retención.—De paso expresaremos los pareceres de algunos autores. Donde quiera que la discusión existe, las opiniones encontradas tienen necesariamente (producirse; y es que la diversidad podemos considerarla como l legítima de la discusión. No están contestes los escritores (unto á la naturaleza jurídica del *jus retentionis*, y mientras t se afilian á una doctrina en toda su pureza, otros, más afec-

tos á la reflexión, adoptan temperamentos intermedios en armonía con los caracteres de la *retentio*, obtenidos mediante el análisis. Algunos juristas se limitan á exponer los efectos del derecho de retención sin ahondar en la determinación de sus cualidades ni preocuparse de clasificarlo jurídicamente. El tribuno Tarrible concede al derecho de retención tanta eficacia que, según su criterio, basta invocarlo para que desde luego produzca sus efectos sin que sea necesaria la publicidad, ni la inscripción, ni proceso verbal, ni ninguna de las formas prescritas por las leyes para los privilegios y las hipotecas.

Baltur, después de expresar la ascendencia legal del *jus retentionis*, derivándolo de la ley 29, § 2, Dig. de *pign. et hipotec*, y del artículo 9, tít. XXVII de las Ordenanzas de Abril de 1667, dice que este derecho, reconocido por todas las leyes romanas relativas á las mejoras, y además implícitamente consagrado por el Código francés, consiste en la facultad que el poseedor de una cosa perteneciente á otra persona, tiene para retenerla hasta que haya sido pagado de lo que se le debe por ciertos títulos. Añadiendo luego que en buenos principios el abono de los reembolsos hechos por los terceros poseedores, debe ser garantido con una preferencia.

Demante también admite en principio el derecho de retención, alegando por su propia cuenta que el pago de la indemnización, según está regulado por la ley, es una carga correlativa del derecho del propietario á las mejoras introducidas en la cosa por actos de un poseedor, y esta carga puede estimarse como condición puesta á la *reivindicatio* de la cosa mejorada.

Alejandro Doveri dice que la posesión es el arma eficaz del *jus retentionis*, porque si no defiende al poseedor de una reivindicación, le deja intacta la *retentio* para reclamar su crédito con preferencia á todo otro acreedor.

Mourlon, Duranton, Paul Pont, etc., forman al lado de los que asignan al *jus retentionis* la naturaleza definida de un derecho real. Paul Pont argumenta del siguiente modo: «En definitiva, el derecho de retención es un derecho real, un derecho en la cosa, oponible por consiguiente á un tercero lo mismo que al pr dor. Bien sabemos que esta opinión ha sido motivo de contro sia, pero considerando la anticresis como un verdadero der real, y no siendo el derecho de retención sino una aplicació

pecial de la anticresis, no podemos menos de insistir sobre este punto. El derecho de retención no sería nada si no le reconociéramos su cualidad de derecho real oponible á los terceros, por lo menos á los que hubiesen adquirido sus derechos con posterioridad á la retención de la cosa. Si el derecho de retención, como tal derecho, fuera puramente personal, estaría despojado de todo medio asegurativo, y le bastaría al acreedor enajenar ó hipotecar la cosa para despojarle de toda su eficacia.»

Mazoni y sus adeptos derivan el fundamento del derecho de retención de la existencia de un cuasi contrato. Para llegar á esta conclusión absoluta es menester extender la presunción en que descansa el cuasi contrato á todos aquellos hechos lícitos protegidos por una sanción legal.

Si el fundamento del derecho de retención es en todo caso una presunción generadora de un cuasi contrato, el *jus retentionis* no pasaría de ser un siemple efecto de un acto reputado contractual por una ficción del derecho. Entre los antiguos juristas fué preocupación muy extendida la de fundamentar aquellas instituciones que no tenían fácil acomodo en alguno de los tipos ya reconocidos como cardinales, en la teoría de los cuasi contratos. Los glosadores, por ejemplo, estudiando la comunidad de bienes y no alcanzando á comprenderla como una manifestación especial del derecho de propiedad, supusieron por el amor á las ficciones, que la comunidad era un cuasi contrato entre dos ó más personas, unidas por un vínculo resultante de tener en común *pro indiviso* un derecho.

Nosotros no negamos que el cuasi contrato sea en algunas ocasiones, fuente, origen, causa, mejor que fundamento, del derecho de retención. Los cuasi contratos de la *repetición de lo indebido* y de la *gestión de negocios ajenos*, así lo demuestran; pero de admitir como fundamento único del *jus retentionis* el cuasi contrato, habría necesidad de conceptuar como verdaderos cuasi contratos todas las presunciones del derecho. Solo mediante una abstracción puede llegarse á este resultado.

En el campo del derecho positivo, la teoría que rápidamente examinamos no puede admitirse; en el terreno filosófico, sin discutirla ni mucho menos por incuestionable, debemos reconocer su innegable influencia. Pocas palabras bastarán para demostrarlo. Todo cuasi contrato descansa en la ficción jurídica de una

voluntad que acepta y reconoce como suyo un hecho lícito ejecutado por determinación de otra voluntad.

La idea fundamental es la de que la voluntad presunta se hubiera conducido de la misma manera. De ahí que se repute necesaria la licitud del hecho y se le admita con sus naturales consecuencias. En la posesion, por ejemplo, observamos una voluntad latente que ejecuta un hecho lícito (la licitud la recibe aparte del fin á que el acto ejecutado por el poseedor se encamina, de la buena fe del mismo): esta voluntad es la del poseedor; del hecho vemos su reflejo en las reparaciones necesarias introducidas en la cosa poseída. La voluntad imaginada es la del propietario, porque se presume que en identidad de circunstancias hubiese hecho otro tanto. Existen los tres elementos que integran la ficción jurídica del cuasi contrato, porque, en efecto, se aúnan el hecho lícito, la voluntad efectiva y la presunta. ¿Cuál es la consecuencia que de la estimación legal del cuasi contrato se deduce? Una muy lógica, es á saber: la de que el propietario debe abonar al poseedor aquellos gastos que hubiese hecho con el propósito de conservar ó mejorar la cosa poseída, aumentando su valor. Para derivar también de este cuasi contrato inicial, por decirlo así, el *jus retentionis*, fuera menester, como antes decíamos, ampliar con notoria exageración el concepto cuasi contractual á todas aquellas relaciones de derecho garantidas por una sanción legítima, y esto supondría la concurrencia como cuasi contratos separados y distintos de simples efectos, de un cuasi contrato, único sustancial.

Por otra parte, en el cuasi contrato, considerado en la pureza de su concepto jurídico, tenemos que reconocer y admitir la persistencia é inmutabilidad de sus efectos, porque no es lícito que una misma relación de derecho produzca consecuencias diferentes y aun opuestas. Aclararemos nuestro pensamiento. En el cuasi contrato de la repetición de lo indebido, por ejemplo, se presume la honesta voluntad de devolver lo que no nos pertenece, y de ahí que sea un efecto indeclinable el de la restitución de la cosa erróneamente aceptada. No podemos concebir un efecto diferente sin caminar contra el derecho natural y sin destruir en sus fundamentos el cuasi contrato expresado. El *jus retentionis* no es un efecto indeclinable, sino accidental; no es necesario absoluto, sino necesario positivo, de tal modo que podemos concebir perfectamente

la relación cuasi contractual sin que el derecho de retención la acompañe.

Como ya hemos manifestado, no formamos al lado de los que creen que el *jus retentionis* es un derecho real tan puro y perfecto como, v. gr., el de hipoteca. Si fuera un derecho real, seguiría á la cosa, afectándola en la intimidad de su substancia, y es visto que no sucede así por ser en su ejercicio un derecho personalísimo. Laurent expresa este mismo pensamiento haciendo constar que por el hecho de perder el poseedor la posesión de la cosa, queda el derecho de retención extinguido.

Los mismos mantenedores de la teoría que combatimos se ponen en contradicción consigo mismos, descubriendo la flaqueza de la tesis que defienden. El derecho real, en cuanto le reputamos como accesorio de una obligación principal (y hemos visto que los que sostienen la opinión de que el *jus retentionis* es un derecho real, están unánimes en asignarle el carácter de accesorio), afecta á la cosa directamente, haciéndola responsable del cumplimiento de la obligación garantida. Y así observamos, verbigracia, que el acreedor hipotecario puede enajenar el bien raíz hipotecado si el deudor hipotecante no satisface á su vencimiento el crédito pendiente. ¿Puede el poseedor de buena fe que ejercite el derecho de retención proceder á la venta de la cosa retenida para hacerse pago de los gastos necesarios y de las mejoras útiles? Pault Pont contesta negativamente, sentando la doctrina de que la retención no pasa de ser una mera garantía, puesto que el retenedor no puede ni siquiera aplicar los frutos á la satisfacción de la deuda como el anticresista. ¿En qué está, pues, la característica del *jus retentionis* para calificarlo de derecho real? Acaso en que puede oponerse su existencia á un tercero; pero, aparte de que esta facultad arranca, como dice Doveri, de que el *jus retentionis* tiene su arma más eficáz en la posesión ó tenencia de la cosa, la concurrencia de un solo carácter, de un solo atributo, por decirlo así, no es bastante para filiar definitivamente un derecho. Frente á esa propiedad característica del *jus retentionis* bastaría señalar la notada por Laurent, para destruir la argumentación de Pont y de sus afines en la teoría.

Adopta un temperamento prudente y apartado por igual de las exageraciones teóricas Aubry et Rau, expresando que el derecho de retención se une y enlaza con el de afianzamiento de las

cosas muebles é inmuebles como un medio de garantizar el pago del crédito para cuya seguridad ha sido establecido.

En lugar del aflanzamiento existe el derecho de retención para el solo efecto de la detentación de la cosa y como garantía de un crédito conexo con esta misma cosa. Añade Aubry et Rau que la detentación se refiere á un contrato, ó por lo menos á un cuasi contrato, y que la deuda conexa con la cosa detentada nace con ocasión de este contrato ó cuasi contrato.

Aubry et Rau no encuentra el fundamento único en el cuasi contrato; reconoce, como nosotros, que éste puede ser causa ú origen del derecho de retención, y trata de filiarlo por analogía con los derechos relativos, sin afirmar por esto que sea un derecho real.

Entre el grupo de los derechos llamados personales y el de los derechos reales existen algunos que, participando de los caracteres de uno y otro, no tienen científico acomodo en ninguno de los dos miembros capitales de la clasificación. Entre éstos se encuentra el *jus retentionis*, de naturaleza en cierto modo alternativa según el aspecto bajo el que se le considere, pero en rigor de naturaleza mixta, porque tiene caracteres peculiares de los derechos reales y de los generalmente denominados personales. Ni ha sido establecido sobre las cosas sin consideración ninguna á las personas, es decir, sobresaliendo más el aspecto real, ni á la inversa, en contemplación al vínculo creado por el sujeto de derecho, con abstención de todo aspecto real.

Es real en cuanto la *retentio* se mantiene, y es oponible por la posesión natural de la cosa; es personal en cuanto sólo puede ser ejercitada por aquel sujeto de derecho en quien concurra una cualidad meramente personal como quiera que trae su origen de una recta dirección de la conciencia, es á saber, la buena fe.

Es real en cuanto el crédito ha de ser conexo con la cosa; es personal en cuanto, perdida la posesión natural, desaparece el derecho de retención; es real en cuanto es indivisible, y no cesa la *retentio* por partes alícuotas, sino en su totalidad; es personal en cuanto sólo puede ejercitarse por el poseedor vencido en el juicio de reivindicación ó en el posesorio. Deducimos, pue las reflexiones que preceden que el *jus retentionis* es un der. accesorio de naturaleza mixta. De aquí procede su inclasif en los tipos matrices del Derecho.

Efectos del derecho de retención.—Estudiemos ahora cuáles son los efectos del *jus retentionis*, y para su más fácil exposición, los dividiremos según sus aspectos de facultades, deberes y prohibiciones del poseedor que disfrute del expresado derecho.

A) Facultades.—1.° Podemos incluir como la más importante la de ser amparado por los interdictos. Los comentadores franceses, y entre ellos Paul Pont, están contestes en reconocer este derecho al poseedor que fuese violentamente despojado de la cosa ó arrojado de la heredad. Al parecer, este derecho pugna con la doctrina que hemos sentado, tomándola de Laurent, de que perdida la posesión de la cosa, el derecho de retención se extingue; pero no debemos olvidar que la tesis expuesta se refiere á la posesión perdida por un acto voluntario, v. gr., abandono de la cosa poseída, cesión del derecho principal (crédito), mas no á la desposesión por un acto violento de un tercero ó del mismo propietario.

El derecho positivo viene en confirmación de nuestro criterio. El interdicto de retener ó recobrar, dice el art. 1 651 de la ley de Enjuiciamiento civil, procede cuando el que se halle en la posesión ó en la *tenencia* de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando haya sido ya despojado de dicha posesión ó *tenencia*. Los mismos conceptos de posesión ó tenencia empleaba la ley procesal de 1855, y la jurisprudencia, aclarando, estableció en varias sentencias, entre las cuales es importante la de 1.° de Abril de 1884, que el interdicto de recobrar, no sólo compete á los que tienen la posesión jurídica, sino también á los que se hallan en la tenencia de la cosa, ó lo que es lo mismo, en la simple ocupación actual y corporal de ella con derecho ó sin él, como claramente lo demuestra el texto de la ley, empleando las palabras posesión y tenencia, que tienen distinta significación en el lenguaje forense y en el común.

Entre los requisitos intrínsecos del derecho de retención recordarán nuestros lectores que le hemos asignado el de la existencia actual de una posesión de hecho. Si, pues, la posesión existe, y á mayor abundamiento consagrada por una disposición legal, es indiscutible que habrá de ser amparada por los interdictos posesorios.

El segundo de los efectos de que disfruta el que retiene la

cosa poseída, es el de poder oponer su derecho á un tercero mientras conserve la posesión natural de la cosa objeto de la retención. El propietario de la cosa tiene facultad para disponer de ella libremente, donándola, vendiéndola, hipotecándola, pero el acreedor por mejoras podrá hacer valer la preferencia de su derecho de retención, no sólo contra un tercer adquirente, sino contra los acreedores hipotecarios cuyas hipotecas se hayan constituído con posterioridad al nacimiento legal del derecho de retención. Hay que suponer, lógicamente pensando, que cuando la ley crea un derecho, concede medios para protegerlo y hacerlo respetar, no para destruirlo. Sería caso por demás anómalo el de legislar para complacerse luego en borrar lo legislado. Si el que goza del *jus retentionis* tuviese que abdicar de su derecho y ser desposeído de la cosa objeto de la retención, porque el propietario, en uso de su indiscutible facultad, la enajenase, el derecho de retención carecería de eficacia; sería un derecho escrito en el Código, pero sin vida en la realidad, porque como ya hemos indicado en otro lugar, bastaría para burlar al retenedor que el propietario vendiese ó hipotecase la cosa.

¿En qué casos cesará esta facultad de oponer la retención á un tercer adquirente ó á un acreedor hipotecario ó simplemente quirografario? En todos aquellos en que el derecho de retención se extinga, ó sea:

Primero. Cuando el crédito conexo con la cosa retenida se satisfaga, porque cesando la retención por la desaparición de su causa, tienen forzosamente que desaparecer los efectos.

Segundo. Cuando el que retiene con derecho la cosa, la abandone, porque entonces la pérdida voluntaria de la posesión natural implica la extinción del *jus retentionis*.

Tercero. Cuando el retenedor, permítasenos la expresión, traspase por acto de voluntad su crédito, porque siendo el derecho de retención personalísimo en su ejercicio del poseedor de buena fe, y no pudiendo esta cualidad moral transferirse, enajenado el derecho principal, tiene que decaparecer el accesorio.

Cuarto. Cuando la cosa objeto de la retención se destruya totalmente ó quede fuera del comercio, y por consiguiente, in de apropiación.

He aquí la razón por lo que antes dijimos que el reten puede oponer su derecho á un tercero, mientras conserve l

sesión natural de la cosa objeto de la retención. En confirmación de este principio, podemos sentar este otro. El propietario (deudor) puede enajenar ó hipotecar la cosa retenida, bajo la reserva del derecho del que la está reteniendo.

La posesión es el arma eficaz del *jus retentionis*, como dice Doveri, y mientras subsista el crédito del poseedor, gozará de preferencia, así como el acreedor prendario la disfruta por razón de la tenencia de la cosa, por cuyo punto de contacto se enlazan el derecho de retención y el de prenda, según expresa Aubry el Rau.

Si la cosa objeto de la retención fuese enajenada por el propietario, el nuevo adquirente la obtendrá con la reserva del crédito garantido con la *retentio*, el cual se considerará como carga de la cosa enajenada, y el comprador, para entrar en la posesión de la misma, tendrá necesidad de resolver dicho crédito, mediante el pago ó convención con el poseedor.

Si el propietario no hubiese manifestado al vendedor, al tiempo de la venta, la existencia del crédito garantido con la *retentio*, podrá el vendedor dentro del año, á contar del otorgamiento de la escritura, pedir la rescisión del contrato ó la indemnización correspondiente. Opinamos en este sentido, porque, por analogía, parécenos aplicable el art. 1.483 del Código civil, cuyo contenido es como sigue: «Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga ó servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiese conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, á no ser que prefiera la indemnización correspondiente. Durante un año, á contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria ó solicitar la indemnización. Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, á contar desde el día en que haya descubierto la carga ó servidumbre.

La *retentio*, como quiera que implica la posesión natural de la cosa hasta que el crédito por los gastos y mejoras sea satisfecho en su totalidad, podemos equipararla á una carga de la finca no aparente. Decimos esto, porque no siendo el derecho de retención pura naturaleza real ni afectando á la substancia de la cosa cuanto no la hace responsable directamente de la solvencia crédito, no habrá de constar en el Registro de la propiedad.

Sin embargo, la *retentio* presupone un estado posesorio incompatible con la libre disponibilidad que es condición del dominio, y es de presumir que el comprador no habría adquirido la finca sabiendo que existía alguien con derecho para poseerla naturalmente mientras no le fuese satisfecho un crédito que en su lugar debiera haber sido baja del precio. Las circunstancias del caso de la retención y del previsto en el art. 1.483, no pueden guardar más estrecha semejanza, y la equidad aconseja en estas contingencias no previstas por el derecho escrito, aplicar aquella ley que resuelve un caso análogo. Sin duda el art. 1.483 está redactado para aquellas servidumbres no inscritas; acaso también para aquellas otras constituídas á los ruegos del dueño del predio dominante y con reserva de la facultad de revocar la concesión, y de las cuales dicen los Sres. Escosura y Galindo, que no deben considerarse servidumbres, sino un mero favor que no llega á constituir derecho real inscribible. Pero sea de ello lo que quiera, el hecho cierto es el de la analogía de las situaciones que engendra la identidad del derecho aplicable.

Examinemos ahora rápidamente, valiéndonos de un ejemplo, la situación en que el poseedor por retención quedaría en el caso de un concurso de bienes.

A, dueño de varias casas, entre ellas de una reivindicada á *B* en el correspondiente juicio y cuya casa retiene éste en garantía de los gastos necesarios que en la misma invirtió mientras fué poseedor de buena fe, no pudiendo solventar las deudas contraídas, solicita y obtiene su declaración de concurso. ¿Podrá *B* seguir reteniendo la cosa? ¿El crédito de *B* gozará de preferencia ó entrará en la categoría de los créditos que traen su origen de una sentencia firme? La contestación á estas preguntas está erizada de dificultades, porque la rareza de los casos ahuyenta las soluciones positivas, toda vez que, como dice la setena Partida, *non se deuen fazer las leyes sinon sobre las cosas que suelen acaescer á menudo*. Vamos á contestar con las reservas que son consiguientes, deseando acertar, pero sin ínfulas de infalibilidad. Respecto de la primera pregunta, nosotros creemos que la declaración de concurso exige que vayan á la masa de bienes del mi los que fuesen objeto del *jus retentionis*. Encaminado el juici concurso á la extinción equitativa de las obligaciones pendie según el orden de prioridad de los créditos y su mayor ó me

excelencia legal, créase desde que la declaración de concurso es firme, una entidad jurídica en la cual se resumen y funden, por decirlo así, tanto los derechos de los acreedores como los del deudor.

Nombrada la sindicatura, á ésta únicamente le incumbe aplicar los bienes á la solvencia de las deudas, y ella sola es la que puede enajenar. La retención, que no es más que una garantía, pierde ya su razón de ser desde que la alegación tempestiva del crédito en el concurso asegura al acreedor el pago del mismo. La posesión natural queda extinguida, porque por virtud del juicio universal de concurso se verifica un traspaso legal de dicha posesión á una tercera persona, que es en este caso la entidad jurídica que ostenta la representación del concurso. Varias sentencias del Tribunal Supremo establecen el principio general del cual derivamos el ya expuesto. El juicio de concurso, dice la sentencia de 21 de Febrero de 1861, como universal, atrae todas las reclamaciones sobre responsabilidad pecuniaria á que estén afectos los bienes concursados. Es *consecuencia legal é ineludible* de todo concurso de acreedores la ocupación judicial de todos los bienes y pertenencias del concursado: y verificado el nombramiento de síndicos, debe hacerse á éstos entrega de todos aquéllos para que los administren y procuren oportunamente su enajenación. Así lo consignan las sentencias de 16 de Diciembre de 1871 y 14 de Marzo de 1873.

La doctrina de las relacionadas sentencias no se ha modificado en lo más mínimo.

¿Qué se deduce de esto? Que si la ocupación de los bienes concursados es consecuencia ineludible de todo concurso, la entidad jurídica que ostenta su representación gana la posesión natural de dichos bienes por efecto de un hecho jurídico que condiciona las responsabilidades pecuniarias á las resultancias del juicio universal.

Ahora bien: como la posesión de hecho no puede reconocerse á la vez en dos personalidades distintas, y la *retentio* supone, según hemos tenido ocasión de estudiar, una posesión actual *de*
o, síguese, á nuestro juicio, que en el ejemplo propuesto, el po-
'or que disfrute del derecho de retención perderá la posesión,
ido la cosa retenida á la masa de bienes concursados. Si la
ncediere al retenedor la facultad de poder vender la cosa

retenida para la satisfacción de su crédito; si pudiese aplicar los frutos para solventar la deuda, creemos que tendría alguna defensa la tésis de que el poseedor que goza de la *retentio* conservase la tenencia de la cosa; pero no siendo así, hay que subordinar el derecho del poseedor á las imperiosas trascendencias del juicio universal. En corroboración del derecho eminente que la entidad jurídica representativa de un juicio universal tiene sobre los bienes que deben componer la masa del mismo, citaremos dos artículos. El 1.268 de la ley de Enjuiciamiento civil, ocupándose de los cuatro estados que los síndicos están obligados á formar, dice en el antepenúltimo de sus párrafos: «También se comprenderán en este estado (el de los acreedores hipotecarios) los acreedores con prenda, limitando igualmente su preferencia al valor efectivo de la misma, *la que devolverán á la masa del concurso.*»

El art. 918 del Código de Comercio establece que «los acreedores con prenda constituída por escritura pública ó en póliza intervenida por agente ó corredor, no tendrán obligación de traer á la masa los valores ú objetos que recibieron en prenda, á menos que la representación de la quiebra los quisiere recobrar satisfaciendo íntegramente el crédito á que estuviesen afectos». Obsérvese hasta qué punto llega la atracción de un juicio universal, cuando en las quiebras es preciso que la prenda esté constituída por escritura ó por póliza intervenida por corredor para que pueda el acreedor prendario retenerla, y aun entonces la representación de la quiebra conserva la facultad eminente de recobrar la prenda satisfaciendo el crédito que estuviese garantiendo.

Resuelta la primera dificultad, creemos que la cuestión se reduce simplemente á la pregunta que hemos formulado en segundo lugar; es, á saber: El crédito por razón de mejoras de un poseedor de buena fe, garantido con el *jus retentionis*, ¿gozará de preferencia? ¿Cuál será el grado de la misma?

Ni la ley sustantiva se ha ocupado de este caso, ni mucho menos la procesal. Hemos escrupulosamente revisado la jurisprudencia civil de nuestro Supremo Tribunal y tampoco hemos encontrado sentencia que aporte antecedente alguno aprovechable. Tenemos que resolver en consideración á los princip generales del derecho. Por mucha que sea la influencia y el ef atractivo de los juicios universales, por mucha que sea la ext sión de las facultades que asume la entidad jurídica, que re

senta un concurso, no alcanza á modificar en un punto la naturaleza jurídica de las obligaciones.

Los efectos atractivo y jurisdiccional, por decirlo así, de la representación del concurso, atañen á la forma, son modalidades que influyen en la manera de permanecer los créditos, pero no en su substancia. El crédito prendario, por ejemplo: aunque la cosa dada en prenda pase á la masa de bienes concursados, la cosa continúa en dicha masa de la misma manera que estaba en manos del acreedor, es decir, afectada por el importe del crédito y salvaguardando con su corporalidad y su valor en venta la satisfacción de la deuda. El derecho de retención, aunque se extinga como posesión de hecho actual del poseedor de buena fe, conserva una virtualidad, y es que la entidad representativa del concurso gana dicha posesión natural para ejercitarla á favor del que había venido disfrutando del *jus retentionis*. Es, si se quiere, un caso original de posesión; pero la realidad lo presenta, y tenemos que aceptarlo. Si, como ya hemos demostrado, el derecho de retención es una garantía, hay que dilucidar cuál ha sido en la mente del legislador la preferencia que le ha merecido el poseedor de buena fe que trata de reembolsar los gastos y mejoras que invirtió en la cosa poseída. La intención hay que traducirla por los actos, y el único sobre el que podemos elaborar, con ayuda de las reglas interpretativas, es el precepto generalísimo en cuya virtud existe jurídicamente el derecho de retención.

La ley que niega al propietario la posesión de la cosa, ó lo que es lo mismo, la manifestación de su propiedad como hecho, si antes no satisface los gastos necesarios y las mejoras útiles, ¿no proclama de un modo tácito que el crédito que trae su origen de tales impensas es preferentísimo y debe ocupar el primer lugar? Lo primero es resolver, extinguir esas obligaciones ineludibles, enuncia el legislador, porque sin los actos que las han producido, ó la cosa no existiría, ó se hubiese desmejorado ó no hubiese aumentado de valor: después viene el goce legítimo de la propiedad plenamente reivindicada. A nosotros nos parece indiscutible la prioridad del crédito que nos está ocupando. Con a ación al caso del concurso, diremos que, según nuestro dict n, el crédito garantido con el ejercicio actual del derecho de r ición ha de formar al lado de los hipotecarios, anteponién- los constituídos con posterioridad á la fecha en que debe

estimarse legalmente válido y produciendo efectos el *jus retentionis*. ¿Cuál será esta fecha? Una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1864 despeja la incógnita. Su doctrina es como sigue: «Al tratar las leyes 41 y 42, tít. XXVIII de la Partida 3.ª, de las mejoras que deben abonarse al que con buena fe y justo título haya poseído por algún tiempo una cosa, previenen que vencido en el juicio de propiedad, podrá, *no obstante, retenerla en su poder* hasta que por el dueño se le indemnice del importe de aquéllas, deduciéndose legalmente del unánime contexto de dichas leyes que *la declaración de este derecho en favor del poseedor debe hacerse simultáneamente y en el mismo fallo en que se decide sobre la propiedad.*»

Así, pues, á contar de la fecha en que la sentencia recaída en la contienda judicial sobre el dominio sea ejecutoria, podrá derivarse la prelación en concurrencia con otros créditos. Innecesario nos parece observar que para que tal declaración se produzca menester es solicitarla á su debido tiempo en el juicio, ó sea en aquellos escritos en que se concretan y fijan definitivamente los puntos y aspectos del debate. La doctrina que estamos desarrollando requiere ciertos perfiles y complementos en las leyes para elevar á la altura que merece concepto tan jurídico y venerando como el del derecho de retención, y sobre todo para armonizarlo con las aspiraciones y progresos de la ciencia moderna, que pide y exige algo más que inalterables cristalizaciones del Derecho romano.

3.º El tercero de los efectos del *jus retentionis* que se traduce por una facultad, es el de retener los frutos y rentas de la cosa á título de accesorio de lo principal. Si los frutos fuesen susceptibles de conservación, el ejercicio de este derecho no ofrecería la menor dificultad; mas en otro caso, es decir, si los productos por su índole se averiasen pronto, creemos que procederá la venta de los mismos con intervención del deudor, conservando el importe el acreedor. Comprenderán nuestros lectores que de no hacer extensivo el *jus retentionis* á las rentas y frutos, y á la inversa, considerar como un perfecto derecho del propietario el de apropiárselos desde el instante de su producción, conver- e en muchos casos en ilusoria la garantía que la ley ha qu o conceder al poseedor de buena fe. En efecto: fijémonos e l propietario de una cosa. Un poseedor de buena fe la reti- r

razón de gastos y mejoras. Si el propietario hiciese suyas desde luego las rentas, obtendría todas las utilidades de la cosa; y como por otra parte su derecho dominical no padece restricciones, puesto que con la reserva del crédito garantido por la *retentio* está facultado para enajenar su propiedad, vendríamos á la consecuencia final de que un propietario poco escrupuloso tendría en sus manos medios hábiles para diferir el pago de la deuda sin perjudicarse en sus intereses y causándole daños al acreedor.

4.° El cuarto de los derechos es, á nuestro juicio, el de exigir del propietario los gastos que la retención le hubiese originado, tales como los de cultivo, los propiamente administrativos, v. gr., cobranza de alquileres y arrendamientos, etcétera. Se justifica, en nuestro sentir, el derecho expuesto sólo con residenciar ante el común discurso estos dos antecedentes: el retenedor está obligado á cuidar de la cosa retenida como un buen padre de familia, poniendo de su lado lo necesario para que rinda sus consiguientes productos; el retenedor no hace suyos los frutos y las rentas, debiendo únicamente limitarse á retenerlos bajo la misma condición que la cosa principal de la cual dimanan.

5.° El último de los efectos es el de que el crédito garantido con la *retentio*, rinda, mientras no sea satisfecho, el interés legal fijado en el art. 1.108 del Código civil á contar desde el momento en que la retención se constituya.

B) Deberes.—Estos se resumen en tres breves enunciados, en rigor constitutivos de uno solo:

1.° Cuidar de la cosa como si fuera propia.

2.° Procurar que produzca las rentas y frutos de que sea susceptible.

3.° Rendir cuentas justificadas.

En dos palabras tan solo: el deber integral del que retiene una cosa es el de administrarla con rectitud.

Ciertamente toda explicación pecaría de inutilidad, dado que es la sencillez la característica de los deberes expresados.

C) Prohibiciones.—1.ª La única que en verdad tiene importancia es la de no poder el poseedor de la cosa retenida proceder á la venta de ésta para hacerse con el precio, pago de su crédito. El *ius retentionis* no da derecho á la venta, sino á la posesión natural de la cosa, diferenciándose en esto de los contratos de prenda

é hipoteca, en los cuales es de esencia, según preceptúa el artículo 1.858 del Código civil, que vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consista la prenda ó hipoteca para pagar al acreedor. ¿Pero quiere esto decir que el que está reteniendo una cosa no puede perseguir la efectividad de su crédito, continuando no obstante en la retención de la cosa sobre la que recayeron las impensas necesarias ó útiles?

Si el deudor se niega al pago y el acreedor carece de derecho para vender la cosa que retiene, por emanación directa, digámoslo así, del derecho de retención, ¿qué camino hábil queda practicable?

El de perseguir judicialmente al acredor. Mas sin que esto suene á anticipación de ideas propias de un terreno en cuyas lindes vamos tocando, séanos lícito hacer notar que el resultado final no será otro que el de conseguir por medio de un rodeo lo mismo que debiera obtenerse afectando directamente al pago la cosa retenida. En la forma minúscula y extractada en que el legislador español nos ofrece el *jus retentionis*, no es lícito entrarse por la filosofía del derecho y asignarle propiedades que ciertamente debería tener, pero de las cuales carece. Así es que actualmente el poseedor de buena fe á quien por razón de mejoras se le hubiese concedido en la sentencia ejecutoria declarativa de la propiedad el derecho de retener la cosa mejorada, tendrá que proceder por embargo y venta de bienes en el orden marcado por la ley si el acreedor requerido de pago no defiriese al requerimiento dentro del término que se le fijase.

2.ª Correlativa á la prohibición de vender la cosa retenida es la de no poder disfrutar de las rentas y frutos. Los autores franceses discrepan acerca de esta limitación, y así, al paso que Dalloz opina que los frutos deben imputarse á los intereses del crédito y subsidiariamente á la amortización del capital, alegando en pro de su opinión que de desperdiciar los frutos padecería el interés común, y de entregarlos al deudor la retención sería ilusoria, Paul Pont sostiene una tesis completamente opuesta, fundamentándola en que la retención se concede como garantía, pero sin pasar de una mera retención. Es muy extraño que an los mantenedores de esta doctrina los mismos que con to ardor defienden la naturaleza real del *jus retentionis*, porqu en puridad obligan al acreedor á repetir contra el deudor, si ce-

tar directamente la cosa, á la satisfacción de la deuda. Pero aparte esta discordancia, pensamos con Paul Pont, que el que posee una cosa en virtud del *jus retentionis*, no puede disfrutar de las rentas y frutos de la misma.

Crítica.—Para terminar este comentario, y pues ya conocemos el *jus retentionis* en su estado actual, séanos permitido exponer nuestro pensamiento acerca de las modificaciones y mejoras que en él mismo deberían introducirse para armonizarlo con las exigencias del derecho moderno.

Tratando en el estudio que antecede de los diversos casos en que nuestro Código admite el derecho de retención, hicimos notar que el art. 502, en su último párrafo, concede al usufructuario el derecho á retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos de la diferencia de valor que hubiese experimentado la finca por efecto de las reparaciones extraordinarias indispensables para su subsistencia. Y con ocasión de estudiar esta novísima cualidad del derecho de retención, introducida por el Código civil, dijimos: «El Código se desvía conscientemente de las propiedades genuinas del *jus retentionis*, pero la desviación es racional, va derecha hacia el logro de una finalidad jurídica y merece ser atendida y estudiada por el progreso que revela.»

La doctrina admitida por el Código con exclusiva relación al usufructo, ¿es susceptible de ser aplicada al *jus retentionis* ejercitado por un poseedor de buena fe? Véamoslo. El derecho de retención no es un verdadero derecho real, pero su proceso evolutivo está indicado por esa linea generatriz.

La ley debe tender, no á procurar garantías cuya virtualidad consista en coerciones más ó menos eficaces, como las que consigo puede llevar la *retentio*, sino en seguridades cuya firmeza descanse en la substancia de las cosas. La *retentio* es, por decirlo así, una coerción preventiva; refrena el uso del propietario mediante la tenencia legalmente consentida de un poseedor; pero ni afecta directamente la cosa, ni cercena su absoluta disponibilidad, toda vez que perdida voluntariamente la posesión de hecho, el p[illegible]ietario puede libremente gozar y disponer de aquélla sin que p[illegible] razón del crédito que la retención garantizaba pueda oponerle por un tercero más que una simple obligación personal. L[illegible] breves consideraciones que preceden constituyen algo así c[illegible] la razón jurídica de nuestro pensamiento, y aunque suscep-

tible de mucho más extenso desarrollo, preferimos concretar ya que hablamos ahora teóricamente, y es más bien práctica la índole de nuestro libro.

Alegadas tempestivamente en pleito de propiedad las mejoras y gastos hechos en la cosa objeto del litigio: solicitado para su caso el derecho de retención y pronunciada la sentencia ejecutoria declarativa del dominio y de las pretensiones formuladas en punto á reembolso de impensas y retención de la cosa, nos encontramos ya con una situación jurídica perfectamente deslindada. De una parte, el propietario (deudor), de otra, el poseedor (acreedor), y constituyendo el fondo de la relación jurídica que entre ambos media, observamos un crédito que trae su razón de ser de las mejoras introducidas en la cosa reivindicada por el poseedor de buena fe.

La ley es garantía social, por cuanto lo es de cada uno de los individuos aisladamente considerados, y en su vida de relación ha de procurar que el poseedor sea reembolsado sin demora de unos gastos que han venido á refluir en beneficio de otra persona. A este efecto, la fijación de un término al acreedor para extinguir la deuda debiera ser el requisito primordial.

Transcurrido el plazo, por ejemplo, de quince días, el poseedor que retuviere la cosa gozaría de amplísima facultad para obtener de la misma el mayor provecho, sin menoscabar por esto su substancia, imputando el valor de las rentas y frutos á la reintegración del total importe del crédito y de sus intereses.

De esta suerte, la retención, además de proporcionar al acreedor un medio eficaz para el resarcimiento de la deuda, determinaría en el propietario una mayor actividad en el pago, llave, por decirlo así, que le abre las puertas de su dominio.

Imponer por ministerio de la ley un gravamen sobre la cosa que diese márgen a su venta, valdría tanto como afectarla con un derecho real de hipoteca ó prenda disfrazado con el nombre de derecho de retención, y ciertamente constituir una hipoteca legal para garantir mejoras útiles no nos parece muy ajustado á los inconmovibles principios de la equidad.

Creemos que el Código debiera consignar en sus páginas disposición encaminada á que en el Registro de la Propiedad verificarse la inscripción de la cosa raíz reivindicada, se expre la circunstancia de quedar ésta retenida en manos del pos-

mientras no se satisficiese el total importe de las mejoras, pudiéndose cancelar dicha especie de anotación, bien con un testimonio judicial expresivo de la extinción del crédito, bien con una escritura pública de finiquito de la misma deuda.

Derecho civil.

JURISPRUDENCIA.—*Gastos necesarios y mejoras útiles.*—El abono de mejoras sólo puede tener lugar, según las leyes, cuando se prueba la existencia de las expensas y mejoras cuya indemnización se reclama. (Sentencia de 13 de Octubre de 1856.)

La existencia y realidad de unas mejoras reclamadas constituye una cuestión de mero hecho de la competencia de la Sala sentenciadora, debiendo estarse á la apreciación que haga en vista de las pruebas practicadas, si contra dicha apreciación no se alega que al hacerla se ha cometido alguna infracción de ley ó doctrina legal. (Sentencia de 14 de Julio de 1871.)

Al determinar la ley 44, tít. XXVIII de la Partida 3.ª las mejoras que son abonables al que las hace en cosa ajena que debe restituir al verdadero dueño, presupone que para que se estime y mande su abono se haya pedido en tiempo y forma, ajustándose á las leyes del procedimiento. (Sentencia de 12 de Mayo de 1874.)

Si el abono de las mejoras introducidas en la cosa no se pidió en la demanda ni fué consiguientemente objeto de discusión en el pleito, no pudo ser objeto de la sentencia ni del recurso de casación, según repetidamente lo tiene resuelto el Tribunal Supremo. (Sentencia de 7 de Julio de 1879.)

El apreciar si unas obras son útiles ó necesarias es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora, como cuestión que es de hecho, debiendo estarse á su apreciación ínterin contra ella no se alegue que al hacerla se ha cometido alguna infracción de ley ó de doctrina legal. (Sentencia de 27 de Abril de 1874.)

Hay mejoras que deben abonarse al poseedor de mala fe. (Sentencia de 26 de Noviembre de 1860.)

El poseedor de buena fe tiene derecho á ser indemnizado de las mejoras útiles y necesarias que haya hecho en la cosa que ha ido, con sujeción á la ley 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª (Sentencias de 20 de Octubre de 1870 y 20 de Enero de 1881.)

...oras de lujo y recreo.—La sentencia que manda abo... mejoras que son de pura comodidad, infringe la ley 44,

del título XXVIII, Partida 3.ª (Sentencia de 14 de Septiembre de 1866.)

Derecho de retención.—Al tratar las leyes 41 y 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª, de las mejoras que deben abonarse al que con buena fe y justo título haya poseído por algún tiempo una cosa, previenen que, vencido en el juicio de propiedad, podrá, no obstante, retenerla en su poder hasta que por el dueño se le indemnice del importe de aquéllas, deduciéndose legalmente del unánime contexto de dichas leyes que la declaración de este derecho en favor del poseedor debe hacerse simultáneamente y en el mismo fallo en que se decide sobre la propiedad. (Sentencia de 29 de Diciembre de 1864.)

Con arreglo á la ley 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª, el tenedor de una cosa que haya hecho en ella impensas útiles no puede ser privado de su tenencia mientras no le sean abonadas. (Sentencia de 14 de Septiembre de 1866.)

Reclamación de mejoras en juicio de desahucio.—Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 1.604. En los casos en que el demandado hubiese reclamado labores, plantíos ú otra cualquier cosa que haya quedado en la finca, se procederá á su avalúo por perito nombrado en la forma prevenida para el justiprecio de los bienes en el juicio ejecutivo.

Art. 1.605. Practicada esta diligencia, podrá el demandado reclamar el abono de la cantidad en que haya sido apreciado lo que creyese corresponderle.

Art. 1.606. Si el demandado limitase su reclamación á la cantidad que resulte del avalúo, y ésta no excediese de 250 pesetas, conocerá de ella en juicio verbal el Juez municipal que hubiese conocido del desahucio. En otro caso, conocerá también en juicio verbal el Juez de primera instancia del partido.

Art. 1.607. En los dos casos á que se refiere el artículo anterior, se celebrará el juicio verbal en la forma prevenida para el desahucio.

La sentencia que recaiga en primera instancia será apelable en ambos efectos; sustanciándose también este recurso en la forma establecida para las apelaciones de dicho juicio en el presente título.

Art. 1.608. Si el arrendatario hiciera extensiva su reclamación de mejoras al abono de perjuicios ó de mejoras que no

de las expresadas en el art. 1.604, no podrá ser objeto del procedimiento establecido en los artículos que preceden, y quedará á salvo su derecho para el juicio que corresponda.

ART. 455. El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho á ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

Concordancias.—Análogo á los artículos 431 y 432 del proyecto de Código de 1851, é igual al 460 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Pat. 3.ª, tit. XXVIII, ley 40.* A mala fe ganan los omes heredades, e otras cosas, en dos maneras. La primera es, quando furtan la cosa, o la roban, o la entran sin derecho. E estos atales, si fuessen vencidos en juyzio, son tenudos de tornar la heredad con los frutos que ende lleuaron, e aun con los que pudiera ende lleuar el señor de la heredad. La segunda manera es, quando las ganan por razon de compra, o de donadio, o por otra razon derecha. Pero sabiendo que aquellos de quien las han, que non han derecho de las enagenar. E estos atales son tenudos de tornar la heredad con los frutos que della lleuaron, si los vencieren por ella en juyzio mas non son tenudos de tornar lo que ende pudiera auer lleuado el señor de la heredad, si la ouiesse tenido; fueras ende en quatro casos. El primero es, quando la heredad vende algund ome, para fazer engaño a aquellos a quien deue algo, sabiendo el engaño el comprador. El segundo es, quando la heredad fuesse enagenada por

fuerça, o por miedo. El tercero es, quando alguno comprasse encubiertamente alguna cosa, de aquellas que mandasse vender el oficial de nuestra Corte, contra la costumbre que deue ser guardada en venderlas. El quarto es, quando ganasse la heredad contra las leyes deste libro. Ca qualquier que ganasse la heredad en alguna destas quatro maneras, tenudo es de tornar la heredad con todos los frutos que ende lleuo. E avn con los que ende pudiera lleuar el Señor de la heredad.

Part. 3.ª, tit. XXVIII, ley 44.—Véanse los precedentes del artículo 453.

COMENTARIO.—1.º *Antecedentes.*—Leyendo con detenimiento la ley de Partidas, inserta en los *Precedentes legales* de este artículo, despréndese una doctrina omitida por el Código vigente.

Según el Código citado del Rey Sabio, los poseedores de mala fe pueden poseer la cosa en dos maneras. Una de ellas es *quando la furtan ó la roban ó entran sin derecho*, es decir, cuando la poseen sin título; otra es *quando las ganan por razon de compra ó de donadio ó por otra razon derecha*, pero sabiendo que aquellos de quienes las adquirieron no tenían el derecho de enajenarlas; es decir, cuando las poseen con mala fe, pero en virtud de título. Los primeros deben restituir la cosa con los frutos percibidos y los que hubieren debido percibir. Los segundos sólo deben reintegrar los frutos percibidos, salvo si incurrieren en uno de estos cuatro casos: 1.º Cuando el comprador adquirió la cosa constándole que el vendedor la enajenó en fraude de acreedores. 2.º Cuando se enajenó la cosa por fuerza ó miedo. 3.º Cuando fuere adquirida encubiertamente y contraviniendo la costumbre que debía ser guardada en las ventas judiciales. Y 4.º Cuando se adquiriese la heredad contra lo dispuesto en la ley.

En estos cuatro casos el adquirente quedaba equiparado al poseedor de mala fe sin título, y por consiguiente, en la obligación, no sólo de restituir los frutos percibidos, sino también los que hubiese podido percibir.

Estas distinciones de la ley alfonsina, si no muy necesarias, sí inspiradas en la más pura equidad, desaparecieron cuando la extensión y desarrollo práctico de las tendencias codificadoras impusieron la simplificación. Ya el proyecto de 1851, fundiendo los cuatro casos de la ley de Partidas en la resultante genérica de

la posesión de mala fe, sin distinción de especies ni categorías, expuso, en el art. 431, que el poseedor de mala fe está obligado á restituir todos los frutos que haya producido ó debido producir la cosa desde su injusta detentación. Vino más adelante el proyecto de 1882, estableciendo la misma doctrina que vemos consagrada también en el art. 455 del Código vigente.

El propósito de penar la mala fe del poseedor es tan intuitivo, que los legisladores extranjeros han puesto especial cuidado en consignarlo en sus respectivos Códigos, si bien graduando la intensidad de la pena, y moderando su rigor á proporción de las ideas en que se inspiran.

El legislador portugués castiga la mala fe del poseedor: 1.°, declarándole responsable de las pérdidas y daños que procedan de su culpa ó negligencia, y aun de las pérdidas y daños accidentales, si se prueba que éstas no se hubiesen realizado de hallarse la cosa en posesión del que obtuvo fallo favorable en el juicio; 2.°, obligándole á restituir los frutos que la cosa haya producido ó podido producir mientras la retuvo en su poder; y 3.°, imponiéndole la pérdida de las mejoras de lujo que hubiese realizado en la cosa litigiosa.

El Código mejicano, artículos 937 y 938, sigue las mismas huellas del Derecho de Partidas. Así, notamos que distingue si el poseedor de mala fe adquirió la tenencia por robo ó por un título traslativo de dominio. En el primer caso, le declara responsable de los frutos percibidos y de los podidos percibir, y en el segundo, solamente de los percibidos, con excepción de aquellos casos en que hubiese adquirido á sabiendas la cosa por fuerza ó miedo ó contra las prescripciones del Código.

Siempre conciso y científico el Código guatemalteco, expresa en el art. 525 que el poseedor de mala fe está obligado á la devolución de los frutos, deducidas sólo las expensas necesarias, y al resarcimiento de los daños causados por su culpa.

2.° *Poseedor de mala fe. Restitución de los frutos.*

Lleva su rigor el Código patrio con los poseedores de mala fe hasta el extremo de imponerles la pena en su grado máximo.

Con efecto, no sólo les declara responsables de los frutos percibidos y de los que hubiesen podido percibir; no solamente, por el silencio, á todas luces intencional, les despoja de las mejoras útiles realizadas en la cosa poseída, sino que con extremada du-

reza les impone la responsabilidad del deterioro ó pérdida que en todo caso experimente la cosa, y aun los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente hubiesen retrasado la entrega al poseedor legítimo.

Examinemos el particular referente á la restitución de los frutos. Como antes hemos dicho, el Código ha prescindido de las distinciones establecidas por las leyes de Partidas entre poseedores de mala fe, mediante título y sin él. Midiéndolos por el mismo rasero y acaso recordando aquella antigua máxima de que el poseedor de mala fe todo lo pierde, los ha declarado responsables tanto de los frutos percibidos como de los que hubiesen podido percibir.

Así se desprende de la conjunción copulativa con que aparecen ligados en el inciso primero del artículo que comentamos, los dos conceptos de frutos percibidos y frutos podidos percibir. El proyecto de 1851 empleó la conjunción *ó*, resultando á simple vista de esta adversativa que en el poseedor de mala fe no se acumulaban dos obligaciones, sino una sola, es á saber: la de restituir los frutos percibidos, ó en su caso, es decir, cuando hubiere mediado negligencia ó culpa, los que se hubieren podido producir en circunstancias normales. Mas como quiera que en definitiva el resultado era igual, empleárase la disyuntiva *ó* ó la copulativa *y*, aglomeráranse dos obligaciones, al parecer, diversas, ó refundiéranse en una sola, el Código vigente, á nuestro juicio con sumo acierto gramatical, ha impuesto al poseedor de mala fe el deber inexcusable de reintegrar al vencedor en la posesión los frutos percibidos y los que hubiera podido percibir.

Así, pues, si el poseedor se conduce como un buen padre de familia y cultiva los campos esmeradamente, aunque por circunstancias imprevistas, como falta de lluvias, exceso de humedad, desarrollo de una enfermedad en las plantas, invasión de una plaga, no rindan aquéllos sino un producto escaso, el poseedor de mala fe solo deberá restituir lo producido. Mas si se condujese con abandono ó negligencia, y los campos, en lugar de producir como cuatro, dadas las condiciones del año agrícola, sólo rindiesen como dos, entonces el poseedor de mala fe deberá reintegrar los frutos producidos, y además el valor de una cantidad de frutos igual á la dejada de percibir por efecto de la culpa ó negligencia.

El artículo no se refiere literalmente á la equivalencia metálica de los frutos no percibidos por culpa ó abandono del poseedor de mala fe, sino á los mismos frutos que el poseedor legítimo hubiere dejado de percibir; pero como es imposible la reintegración material de una cosa que ni ha existido ni existe, opinamos que el Código alude, bien á una cantidad de frutos equivalente á la no producida, bien á su importe metálico al tipo corriente que hubiesen alcanzado los frutos en los mercados.

La defectuosa estructura del precepto no excluye, antes bien exige una racional interpretación, toda vez que es regla de hermenéutica, sancionada por la jurisprudencia, que las leyes, lo mismo que las obligaciones (leyes privadas entre las partes contratantes), deben interpretarse evitando el absurdo.

Pudiera suceder que el poseedor de mala fe, convencido de su desventajosa posición y temeroso de que el legítimo dueño de la heredad poseída ejercitare la acción reivindicatoria, dejare aquélla completamente abandonada y sin cultivo.

En tal caso, el abono de frutos comprenderá la totalidad de los que el fundo hubiere podido producir, habida consideración á las condiciones del año agrícola y al solícito cuidado de un buen padre de familia.

La ley no indica reglas fijas para proceder á la devolución de los frutos; pero una resolución del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1858, aplicable por su doctrina al novísimo Derecho, expresa que la sentencia en que se condene á la devolución de frutos deberá marcar éstos ó consignar bases con arreglo á las cuales pueda llevarse á efecto. La devolución de los frutos, dijimos ya en el comentario de los artículos 451 y 452, supone una declaración judicial por cuanto no es posible llegar al pronunciamiento definitivo de la buena ó mala fe de un poseedor sin que preceda un estado litigioso, sin una controversia en la que se discuta y compruebe el dominio de un tercero ó su mejor derecho á poseer.

En la sentencia que se pronuncie y siempre que por el actor se haya deducido la oportuna pretensión sobre los frutos, se determinará la cantidad que de estos últimos haya de restituirse á mérito á las pruebas suministradas en el pleito ó se fijarán las bases con arreglo á las cuales haya de tener lugar la reintegración.

No es posible de antemano señalar normas fijas para resolver con uniformidad los variados casos que en la práctica habrán de surgir. A veces la proximidad de la percepción de los frutos refluirá en la mayor facilidad y perfeccionamiento de la prueba. En otras ocasiones habrá que proceder determinando el tipo medio de producción de un quinquenio para aplicar esta unidad como criterio fijo á todos los años que comprenda el período por el que se condene á un poseedor de mala fe á devolver los frutos á su legítimo dueño.

Sin duda atendiendo á estas innumerables alternativas y aspectos de la realidad, el Tribunal Supremo, juiciosamente pensando, no encontró ni pudo encontrar arbitrio más adecuado para solucionar un problema tan contingente, que el de establecer para cada caso en la sentencia, bien la cantidad de los frutos, bien las bases para su determinación.

A) Cuestión legal.—Los frutos percibidos los hace suyos el poseedor de buena fe hasta la citación con la demanda. Los que perciba con posterioridad, deberá reintegrarlos al que venza en el juicio de posesión ó propiedad. Justifícase esto último porque, á contar de dicho momento, el poseedor ya conoce los vicios de su posesión, y la buena fe queda interrumpida. Ahora bien: si el poseedor de buena fe continuara poseyendo durante la tramitación del pleito, ¿deberá restituir, no sólo los frutos que perciba, sino los que hubiere podido percibir?

Aunque hemos comprendido la pregunta bajo el enunciado de cuestión legal, en rigor no merece tal calificativo, porque su resolución es sencillísima.

A primera vista se impone una respuesta negativa, porque no es idéntica la posición moral, por decirlo así, del que comenzó á poseer con mala fe y la de aquel otro que hasta que ha sido demandado ha permanecido en la firme convicción de que poseía la cosa por virtud de razón derecha.

El que estuvo poseyendo con buena fe, aunque por la citación con la demanda conozca los vicios de su posesión, se mueve en la incertidumbre hasta que la sentencia se pronuncie y se defina su estado legal. Los vicios pueden ser ostensibles ó, por el contrario, dudosos; el poseedor, al defenderse, ejercita un derecho, y en esta legítima defensa puede conducirse temerariamente ó sin temeridad. ¿Por qué nivelar, en punto á la responsabilidad de los

frutos podidos percibir, al poseedor de mala fe nato, si vale la expresión, y al que principió á poseer de buena fe y, no obstante la demanda interpuesta, aún recela, agitado por las inseguridades de su nebuloso derecho puesto en disputa? Y sin embargo, las antedichas razones, que parecen inspirarse en la más pura y estricta justicia, carecen de base firme. La condena á abonar al legítimo poseedor los frutos podidos percibir, no es tanto una justa represión de la mala fe, como una legítima consecuencia de la culpa ó negligencia del poseedor. Si el poseedor, no obstante su convencimiento de no poseer derechamente, cultiva la heredad con solícito esmero y obtiene los frutos que la tierra pudo brindarle, dada su fuerza vegetativa y las condiciones del año agrícola, por nadie se le podrán reclamar frutos podidos percibir. Prueba inconcusa de lo que hace un momento hemos afirmado. Si, pues, la restitución de los frutos indebidamente dejados de percibir responde á la negligencia ó á la culpa del poseedor de mala fe en el uso de la posesión, es, á nuestro juicio, muy llano que si el poseedor cuya buena fe ha sido interrumpida mediante la citación con la demanda, se conduce, á contar de este momento, con culpa ó negligencia, deberá abonar al vencedor, no sólo los frutos que perciba, sino los que hubiese percibido de proceder en el uso y aprovechamiento de la cosa poseída con aquel celo y esmero que la ley encarna en el cuidado y solicitud del buen padre de familia.

B) Poseedor de mala fe.—a) Gastos de cultivo. —b) Gastos necesarios para la conservación de la cosa.

Fructus intelliguntur, dice Paulo (1), *deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorum que eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus sicut Sabino quoque placuit.*

Esto es, frutos se entienden deducidas las impensas hechas para su adquisición, recolección y conservación. Y esto dicta la razón natural, no sólo con respecto á los poseedores de buena fe, sino con relación á los ladrones, como agradó á Sabino.

Según nuestro criterio, el artículo del Código civil patrio, al eslabonar la tesis jurídica referente á la restitución por el po-

(1) Ley 36, § 5.°, tít. III, lib. V. Dig.

seedor de mala fe de los frutos percibidos y podidos percibir, con su derecho al abono de los gastos necesarios para la conservación de la cosa indebidamente poseída, debió haber moldeado su letra en el concepto romano, computando y deduciendo del importe de los frutos restituibles el de los gastos hechos para la producción, recolección y conservación de los mismos.

¿Es equitativo que el poseedor legítimo se enriquezca á expensas del poseedor de mala fe? No ciertamente, y sin embargo, esta conclusión es la que rigorosamente se deduce del precepto que estudiamos; porque si *A*, v. gr., victorioso en la contienda judicial, hace suyos los frutos percibidos y los debidos percibir por *B*, vencido, y no le abona los gastos necesarios de producción y recolección, *A* obtendrá los frutos sin la deducción de aquellas impensas sin las cuales no se hubieran producido. Y no se alegue que asimismo el poseedor legítimo se apropia las mejoras voluptuarias, es decir, las de puro ornato y recreo, cuando no se pueden separar de la cosa sin detrimento ó deterioro de la misma, porque argumento de tan poco fuste queda desde luego contestado, exponiendo que tales mejoras, ni son indispensables para la subsistencia de la cosa, ni el poseedor de buena ó mala fe incurre en culpa ó negligencia por no verificarlas. Así es que si un poseedor las introduce á sabiendas de que la cosa mejorada no le pertenece, es factible repetir con el jurisconsulto romano, que parece que las dona. *Aedificando donare videtur.*

No guarda paridad el caso con el de los gastos de cultivo, porque si el poseedor de mala fe prescinde de cultivar la heredad con aquel esmero y solicitud propios del buen padre de familia, la ley le impone en pena de su culpa ó negligencia el deber de restituir los frutos que el fundo hubiese podido producir en circunstancias normales. El cultivo de las heredades constituye para el poseedor de mala fe una obligación de cuyo incumplimiento responde al poseedor legítimo. La introducción de las mejoras de ornato es puramente voluntaria; si le place las introduce, y entonces *donare videtur*, parece que la dona; si no las realiza, no incurre en culpa ó negligencia.

¿Pueden asimilarse ambos casos? Respondemos negativamente.

La solución propuesta por Paulo en la ley del Digesto citada, que tan lisonjera pareció á Sabino, no ha merecido acogida be-

névola del Código patrio, y hoy, dada la letra de este último, no es posible sostener *fructus intelliguntur deductis impensis quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt*, sino esta otra regla: «Frutos se entienden para el vencedor en la posesión con respecto al poseedor de mala fe, sin deducir los gastos necesarios de producción y recolección.»

Tal es, como antes hemos expuesto, la consecuencia que se desprende del contexto literal del artículo que comentamos al expresar que el poseedor de mala fe *sólo tiene derecho* á ser reintegrado de los gastos necesarios hechos *para la conservación de la cosa*, y omitir los gastos de producción y recolección. Así parece también corroborarlo el art. 452 haciendo depender de la existencia de la buena fe el derecho al abono de los frutos pendientes al tiempo de cesar aquélla.

Y sin embargo, si la interpretación rigorosamente literal hubiera de prevalecer, consumaríase por el Código una injusticia y se pondría en contradicción consigo mismo.

Según el art. 356, el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación. A tenor del art. 453, los gastos necesarios se abonan á todo poseedor. ¿Por qué, según el art. 455, sólo se le otorga al poseedor de mala fe el derecho al reintegro de los gastos necesarios para la conservación de la cosa poseída? ¿Por ventura no son gastos necesarios los de producción y recolección? ¿Cómo compaginar estas disparidades que á cada paso surgen en la obra reprochable y descuidada de nuestra codificación civil? Según nuestro criterio, estas antinomias y obscuridades á cuyo través vamos caminando, provienen, con respecto al caso que nos ocupa, de la fusión en un concepto genérico, de los llamados gastos necesarios propiamente dichos, y de los comprendidos bajo el calificativo singular ó específico de gastos de cultivo.

El que ejercita la labor crítica que todo comentario serio implica, tiene necesariamente que proceder por reconstrucción, procurando adaptar su pensamiento al que el legislador trató de condensar en el precepto jurídico.

Los autores del Código patrio, aunque omitieron la definición los gastos necesarios, recordando la máxima sentenciosa de voleno, tenían de ellos la misma noción que generalmente se ha ;uido por los jurisconsultos y expositores; es decir: gastos ne-

cesarios son aquellos sin cuya realización la cosa poseída se hubiese deteriorado ó destruído. Trataron de sintetizar en un artículo la situación jurídica del poseedor de mala fe en punto á sus obligaciones y derechos tocante á los frutos, y recordando lo consignado en el art. 453, repitieron el concepto y aun lo ampliaron con ánimo de comunicarle mayor claridad. Y guiados por tan recta y honesta intención, discurrieron en esta forma: Si gastos necesarios son los invertidos en la conservación de la cosa es, llano que el derecho que el art. 453 concede al poseedor de mala fe es pura y simplemente el de ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la expresada conservación.

Así creemos nosotros que razonaron los autores del Código civil, y por esto en el art. 455 expusieron que el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiese podido percibir, y sólo tendrá derecho á ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa.

Y tras este breve discurso, preguntamos: ¿es lícito, una vez conocido el espíritu del precepto, sabidos ya los derroteros que siguió el pensamiento de los legisladores, es lícito, repetimos, sostener que el poseedor de mala fe carece de derecho para reclamar el abono de los gastos de producción, recolección y conservación de los frutos?

Opinamos en sentido negativo. Se opone á ello el principio justificadísimo consignado en el art. 356 del Código. Batalla también en contra el art. 453. Pero sobre todo, contradice semejante absurda tesis el espíritu de la ley, el imperio de la equidad, que no obstante las deficiencias de la letra y las confusiones de los conceptos, descuella vigoroso mostrando con viva claridad cuál ha sido la inspiración sana del legislador, no revelada con lucidez en el texto sintético del articulado.

Justa, y aun mejor, necesaria, es la represión de la mala fe; pero no nos parece equitativo ni jurídico que la pena del culpable refluya en acrecentamiento indebido del patrimonio del victorioso en la contienda.

Conforme á derecho es que los frutos que la tierra rinde mediante el esfuerzo y la dirección inteligente del hombre, los haga suyos aquel á quien pertenezcan las plantas que los producen y la tierra de que éstas se sustentan, pero no es menos conforme á

naturaleza y ajustado á los buenos principios que estos frutos, denominados por el tecnicismo de la ciencia jurídica frutos industriales, se entiendan ó consideren tales frutos, una vez deducidos los gastos necesarios para su producción, recolección y conservación.

Se dirá que los expresados gastos de cultivo no son necesarios, propiamente dicho en el rigoroso sentido con que el vocablo suele emplearse, pero esto no demuestra lo contrario de la tesis que venimos sustentando, mediante la cual se desvanece la aparente antinomia entre los artículos 356 y 455, reinando en su lugar la concordia y la armonía más completas.

3.° *Poseedor de mala fe.—Mejoras útiles.*—Nótase, lo mismo en este artículo que comentamos que en el 453, la omisión de todo precepto referente á las mejoras útiles introducidas en la cosa poseída por el poseedor de mala fe.

Recuérdese lo que expresa el citado art. 453: «Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención establecido para los frutos necesarios, pudiendo optar el que hubiese vencido en la posesión por satisfacer el importe de los gastos ó por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.»

Si ahora nos fijamos en el art. 455, observaremos que legisla en punto á los gastos necesarios y á las mejoras de lujo y recreo; pero sin duda alguna con meditada deliberación prescinde de mencionar las mejoras útiles. Este silencio, ¿cómo debemos traducirlo: permisiva ó negativamente?

En nuestro sentir, de la segunda manera. Y la deducción no puede ser más lógica. Si, según el art. 453, los gastos útiles se abonan sólo al poseedor de buena fe, es porque al que ha venido poseyendo viciosamente se le niega tal derecho. De no ser así, la ley equipararía, por lo que respecta á las mejoras útiles, al poseedor de buena y al de mala fe.

Pero si el poseedor de mala fe no tiene derecho al abono de las mejoras útiles que haya introducido, ¿podrá retirar aquellas otras que puedan separarse sin detrimento ó menoscabo de la cosa poseída?

¿Habrá que interpretar el mutismo de la ley respecto de este particular, también en sentido negativo? Un Código muy científico, el Código portugués, expresa en su art. 499 que lo mismo el

poseedor de buena que el de mala fe, tienen derecho á retirar las mejoras útiles que hayan hecho en la cosa, siempre que puedan verificarlo sin detrimento de ésta. A la inversa, en el art. 502, consigna que el poseedor de mala fe perderá, en beneficio del que le haya vencido en juicio, las mejoras de lujo que hubiere hecho en la cosa litigiosa.

El Código patrio, distanciándose de la sana y juiciosa doctrina sancionada por el Derecho lusitano, concede al poseedor de mala fe la facultad de retirar los objetos en que consistan las mejoras voluptuarias, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos, abonando el valor que tengan al entrar en la posesión.

Si al que se le otorga lo más se le confiere también lo menos; si, como dice Ulpiano, *non debet, cui plus licet, quod minus est non licere*, ¿podrá negársele al poseedor de mala fe el derecho á retirar las mejoras útiles, siempre que la cosa objeto de la posesión no sufra deterioro, tan sólo por el fútil pretexto de que el Código permanece silencioso en lo relativo á dicho extremo, en vez de formular una declaración categórica?

Creemos que no. Supongamos que *A* está poseyendo de mala fe una casa, é introduce en ella, por ejemplo, un ascensor. Por algunos se ha dudado acerca de la naturaleza de tal mejora. Nosotros la consideramos útil porque refluye en el mayor valor y producto de la casa. Demandado de reivindicación por *B*, éste obtiene á su favor sentencia ejecutoria en la que se declara la mala fe de *A* y se le condena á restituir á su legítimo propietario la casa con los frutos civiles percibidos y debido percibir. ¿Podrá *A* retirar de la casa el ascensor, siempre que ésta no sufra detrimento? Nosotros resolveríamos este caso en sentido afirmativo, sin abrigar recelos ni desconfianzas de ningún género, porque no se trata de interpretar un silencio reflexivo y premeditado del legislador, sino de suplir un vacío, de llenar una laguna. Silencio reflexivo es, por ejemplo, el del art. 453 con respecto á si las mejoras útiles deben ó no serle abonadas al poseedor de mala fe. Silencio revelador del olvido involuntario es el que nos ocupa. El primero se resuelve mediante la interpretación, el segundo acogiéndose á los principios generales del derecho, ó en otros términos, plegándose á la pauta trazada por el propio legislador en el art. 6.°, para aquellos casos

en los cuales no exista ley exactamente aplicable al punto controvertido.

Si respecto de las mejoras de lujo y recreo que puedan separarse sin detrimento de la cosa, realizadas por el poseedor de mala fe, el Código se declara abiertamente contrario de aquel *donare videtur* del Derecho romano, ¿qué razón ni qué fundamento serio podrá aducirse para sostener que las mejoras útiles que se hallen en las mismas condiciones de separabilidad, las pierde el poseedor de mala fe porque parece que las dona? Ninguno: porque el principio de la contradicción no ha sido nunca regla de hermenéutica jurídica.

Resumiendo lo expuesto, podemos condensar la situación legal del poseedor de mala fe en lo concerniente á las mejoras útiles, en estas dos reglas:

Primera. Las mejoras útiles no se abonan al poseedor de mala fe cuando no se puedan separar sin deterioro ó quebranto de la cosa poseída.

Segunda. El poseedor de mala fe tiene derecho á retirar las mejoras útiles que haya introducido en la cosa, siempre que pueda verificarlo sin detrimento de ésta.

4.° *Poseedor de mala fe.—Mejoras voluptuarias.*—El principio que rige en lo relativo á las mejoras de puro ornato y recreo es el de que no se abonan á ningún poseedor; pero tanto el de buena como el de mala fe, pueden retirar los adornos con que hubiesen embellecido la cosa principal, siempre que esta no sufra deterioro. Hasta aquí resultan equiparadas las facultades de ambos poseedores en punto á las mejoras que hubiesen realizado. El Código, tratando de establecer una diferencia, ha procedido, á nuestro juicio con escasa lógica, porque la desigualdad no la ha cimentado en la disminución permanente de algún derecho, sino que la ha hecho depender de una circunstancia accidental, la de que el poseedor legítimo prefiera quedarse con las mejoras de ornato y recreo, en vez de consentir que el poseedor vencido las retire. Mas, ahora bien: como aquel que puede querer, puede no querer, *Eius est nolle, qui potest velle*, si el vencedor en la posesión no hace uso de su derecho, no encontraremos diferencia ninguna entre el poseedor de buena y el de mala fe; porque tanto no como otro podrán llevarse aquellas mejoras que por su fácil separación sin detrimento de la cosa poseída, constituyen una po-

sesión distinta de la del inmueble reivindicado en el que estaban. Es decir, que en el caso de las mejoras voluptuarias, que es, en nuestra opinión, donde debiera haberse mostrado más intensa y rigorosa la represión de la mala fe, es por singular coincidencia aquel en que toda penalidad se desvanece, quedando en espectativa una mínima restricción, que en todo caso habrá de depender, como ya hemos hecho notar, de que concurra ó no, una circunstancia meramente accidental.

No acertamos á comprender, y mucho menos á justificar, á qué norma de derecho ó á qué criterio científico se han atenido los legisladores para estatuir una tan original teoría. En los precedentes patrios no se han inspirado, porque la ley 44, título XXVIII, Partida 3.ª, consigna con suma claridad estas palabras: «Mas si el que fiziesse tales despensas (mejoras de lujo y recreo) como estas, ouiesse mala fe, en teniendo la casa ó la heredad, pierde todo quanto y fizo, e non puede ende lleuar ninguna cosa.» Los Códigos extranjeros que han tratado de estas materias con alguna prolijidad, entre los cuales podemos citar el Código de Portugal y el de Méjico, aceptan la misma solución que nuestro derecho de Partidas. Es de creer que el legislador patrio no se haya movido por un espíritu de conmiseración hacia el poseedor de mala fe; porque otros artículos, como, v. gr., el 457, se encargan de demostrar lo contrario.

Dos caminos fáciles y llanos pudo seguir el Código, ya que á todo evento pretendía establecer una racional diferencia entre el poseedor de buena y el de mala fe, á saber: ó aceptar en todo su rigor la doctrina del Código alfonsino, ó en otro caso, conceder al poseedor de buena fe el derecho de retirar las mejoras de ornato, indemnizando el deterioro que su reparación ocasionase, liberándole de la obligación de pasar por el derecho que el art. 454 otorga al sucesor en la posesión de hacer suyos los adornos que embellezcan la cosa principal, abonando el importe de lo gastado, y reservando esta facultad al vencedor, solo en perjuicio del poseedor ilegítimo. Cierto que, mediante la segunda de las soluciones indicadas, podría asimismo darse el caso de la equiparación absoluta de ambos poseedores, el de buena y el de mala fe, cuando el victorioso no quisiese hacer uso de su derecho, pero por lo menos, y dejando á un lado la desigualdad más ostensible que se establecería, quedaría exento el poseedor de buena fe de

esa restricción impuesta á su dominio sobre las mejoras separables en favor del vencedor en el litigio, restricción que trasciende á privilegio sin causa y que ya fué objeto de nuestra crítica en el comentario del art. 454.

En el estado actual de nuestro Derecho, el poseedor de mala fe tiene facultad para retirar los objetos en que consistan las mejoras de ornato y recreo, siempre que no padezca deterioro la cosa, y el poseedor legítimo no opte por hacerlas suyas, abonando, no el importe de lo gastado, sino el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

5.° *Jurisprudencia.*—Mencionaremos en este lugar sólo aquellas declaraciones del Tribunal Supremo que, sin afectar á las doctrinas del Código, forman un cuerpo de doctrina aplicable por su generalidad y exactitud, dada su consideración de principios generales del Derecho.

Frutos.—La sentencia en que se condene á la devolución de frutos, debe marcarlos ó consignar las bases, con arreglo á las cuales pueda llevarse á efecto. (Sentencia de 4 de Enero de 1858.)

La condenación á restituir frutos por causa de mala fe está sujeta á la apreciación de los Tribunales. (Sentencia de 15 de Diciembre de 1858.)

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar, según las circunstancias de cada caso, los frutos que con la cosa ha de devolver el que fuese vencido en juicio, según que tuviese aquélla con buena ó mala fe. (Sentencia de 28 de Noviembre de 1863.)

Si bien es doctrina legal la de que al poseedor de buena fe deben concedérsele los frutos, á los Tribunales toca decidir la buena ó mala fe con que se han retenido unos bienes y la época desde la que deben restituirse sus frutos, tomando en consideración los antecedentes y pruebas consignadas en los autos y apreciando, en uso de sus facultades, la prueba suministrada acerca de la buena ó mala fe con que se hayan poseído. (Sentencia de 20 de Diciembre de 1866.)

Al condenar al demandado al abono de frutos producidos y podidos producir, con los intereses de los mismos, sin que haya precedido declaración ejecutoria aprobando la liquidación que debe practicarse para fijar la responsabilidad en cuanto á los intereses, se infringe la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en varias sentencias, que establece que cuando la cantidad

que se debe no es líquida, y para serlo necesita fijarse por una sentencia, hasta que esto se verifique, no puede reputarse constituído en mora al deudor ni imponerle el pago de intereses de la cantidad adeudada. (Sentencia de 13 de Noviembre de 1876.)

Mejoras.—La existencia y realidad de unas mejoras reclamadas constituye una cuestión de mero hecho de la competencia de la Sala sentenciadora, debiendo estarse á la apreciación que haga, en vista de las pruebas practicadas. (Sentencia de 14 de Julio de 1871.)

El apreciar si unas obras son útiles ó necesarias es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora, como cuestión que es de hecho; debiendo estarse á su apreciación, ínterin no se alegue que al hacerla se ha cometido alguna infracción legal. (Sentencia de 27 de Abril de 1874.)

Si no se pidió en la demanda ni fué objeto de discusión en el pleito el abono de las mejoras, no pudo ser objeto de la sentencia ni del recurso de casación. (Sentencia de 7 de Julio de 1879.)

ART. 456. Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión.

Concordancias.—Análogo al art. 433 del proyecto de Código de 1851 é igual al 461 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. — El artículo por su extremada sencillez repele todo género de aclaraciones. Puede asegurarse que su más genuino comentario se condensa en estas palabras del art. 503 del Código de Portugal: «Las mejoras independientes de la voluntad del vencido, redundan en beneficio del vencedor.»

El Código mejicano también consigna el mismo principio, diciendo: «Las mejoras *ó aumentos de valor* provenientes de la naturaleza ó del tiempo, pertenecen siempre al propietario.»

Como expresa García Goyena, «si nada gastó el poseedor, nada debe abonársele. El aumento ó deterioro naturales de la cosa son

para y contra el dueño;» ó como dice nuestro Código, se len siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión.

Mejora independiente de la voluntad del poseedor es, por ejemplo, el aumento que recibe el fundo por el aluvión, el acrecentamiento que experimenta, v. gr., un pinar por los nuevos pinos que hubiesen nacido por el solo esfuerzo de la naturaleza, es decir, sin que el poseedor los plantara, etc.

Con lo expuesto terminaríamos, si no nos moviese el deseo de investigar si el art. 456, no obstante la claridad de su contenido, es concreto en su redacción.

Desde el proyecto de 1851 viénese distinguiendo entre mejora proveniente de la naturaleza y mejora proveniente del tiempo. Si á la voz naturaleza le asignamos un concepto amplio, cual el que el legislador ha querido concederle, y al vocablo tiempo el único en que ha podido emplearse, ó sea como sucesión más ó menos prolongada de momentos, bien constituya esta sucesión días, meses, años, la distinción es innecesaria porque el tiempo no es sino el gran escenario donde se desenvuelven los elementos combinados de la Naturaleza.

Por otra parte, el tiempo, aisladamente considerado, como un elemento natural no produce mejoras. Si suponemos un árbol joven, y al cabo del transcurso de veinte años, por ejemplo, lo contemplamos corpulento y por consiguiente aumentado de valor, ¿podremos sostener que la mejora del árbol proviene de la acción aislada del tiempo? En manera alguna.

El árbol se ha asimilado los jugos de la tierra, los gases del aire, y por estos fenómenos de nutrición ha llegado en su proceso biológico á convertirse de pequeño en grande.

El tiempo, como el espacio, son dos factores que ni producen mejora ni menoscabo. Por esto es lícita la duda respecto de si el Código patrio con el empleo de la frase *mejora proveniente del tiempo* ha pretendido referirse, v. gr., á los aumentos de valor que experimentan las cosas muebles ó raíces por la mayor estimación que la antigüedad les comunica. Y aun más. ¿No habrá [illegible]lo el legislador de englobar con el concepto de mejora pro[illegible]nte del tiempo, todas aquellas que sin derivar inmediata[illegible]e de la acción natural, como el aluvión, el crecimiento de l[illegible]egetales, ni tampoco del trabajo del hombre como las nuevas [illegible]aciones, los ornatos, etc., implican, sin embargo, un mayor

valor, una mayor utilidad? Nosotros opinamos afirmativamente. La urbanización de una barriada en una capital populosa suele, por regla general, producir un aumento de valor en la propiedad de los solares y de las casas. Esta mayor estimación, claro es que no proviene de la labor del tiempo; pero tampoco de la voluntad del poseedor. De aquí que la mejora ceda en beneficio del que resulte vencedor en la posesión.

Acaso el legislador, comprendiendo la dificultad de clasificar las múltiples causas que pueden generar un aumento de valor de las cosas, independientemente de la acción natural y de la voluntad del mismo poseedor, prefirió referirlas todas ellas á una causa tan general y tan involuntaria, digámoslo así, como *el tiempo*.

Esto no obstante, nos parece más científica la redacción empleada por el Código lusitano para expresar el concepto jurídico equivalente al del artículo que estudiamos. Por eso hemos dicho al principio que lo considerábamos como su mejor comentario.

ART. 457. El poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa á su poseedor legítimo.

Concordancias.—Análogo al art. 434 del proyecto de Código de 1851 é igual al 462 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—En el balance formado por la ley para liquidar las responsabilidades y beneficios de los poseedores, según la posesión se hayan conducido con buena ó mala fe, así como deden resultar mejoras, puede, como dice Gutiérrez, haber hido pérdidas, y aunque nuestra antigua legislación prescindió de ic-

tar reglas acerca del particular, el novísimo Código no ha omitido este caso. Desde que mediante el proyecto de Código civil de 1851 se inició en nuestro país el beneficio ya logrado de la codificación, hemos visto consignada constantemente la doctrina del artículo que vamos á comentar, como lo prueba el proyecto de 1882 en su art. 462.

En las legislaciones extranjeras encontramos artículos similares.

Así, por ejemplo, como prueba de este aserto, citaremos, entre los Códigos europeos, el notabilísimo portugués (art. 496), en el que se sienta la doctrina de que el poseedor de mala fe responde de pérdidas y daños, á no ser que pruebe que no proceden de negligencia ó culpa suya, y también es responsable de las pérdidas y daños accidentales si se prueba que éstas no se hubieren realizado de hallarse la cosa en posesión del que obtuvo fallo favorable en el pleito. Basta la simple enunciación para percibir los lazos íntimos de analogía que entre este artículo y el 457 de nuestro Código existen. Verdad es que el Código lusitano prescinde de consignar la regla que rige en punto al poseedor de buena fe, pero huelga ciertamente esta consignación porque *á sensu contrario* se desprende de la establecida.

Entre los Códigos americanos citaremos el de Méjico en sus artículos 949 y 950, de los cuales es un compendiado trasunto el que nos está ocupando.

Cuatro casos diversos abarca el artículo, y para su más fácil comprensión los vamos á presentar separadamente.

Aceptando la división cardinal de la buena ó mala fe, resulta:

Primero. El poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, cuando por su parte se haya conducido en el cuidado de ésta con solicitud, ó haya mediado negligencia ó culpa leve.

Segundo. El poseedor de buena fe responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída cuando se justifique que ha procedido con dolo ó negligencia grave.

Tercero. El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérd , bien se haya conducido correctamente en el cuidado y cons ción de la cosa poseída, bien haya procedido con culpa leve ó .

'o. El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pér-

dida ocasionados por causa de fuerza mayor, sólo en el caso en que maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa al poseedor legítimo.

Después de descompuesto el artículo en estas sus cuatro reglas integrales, poco trabajo ha de costarnos esclarecerlas, porque apenas cabe mayor claridad que la que se desprende de su exposición en la forma que lo hemos hecho.

Primer caso. El fundamento filosófico de la doctrina de que el poseedor de buena fe no es responsable del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, radica en aquel conocido principio del Derecho romano: *Bona fides tantundem possidentis praestat quantum veritas, quoties lex impedimento non est*, que en fiel romance quiere decir: «La buena fe otorga al poseedor lo mismo que al dueño, siempre que no lo impida la ley.» Tiene tantas prerrogativas en el derecho la buena fe, que aquel que adornado de esta cualidad posea una cosa, puede hacer todo lo que podría un propietario hasta que se presente el dueño.

Tantum bona fides, tribuit, quantum ipsius rei proprietas. Y así como el dueño no es responsable—porque la responsabilidad es un término jurídico de relación—del daño que por sus actos padezca su heredad, ó de la pérdida de la misma, de igual manera el poseedor tampoco lo es. Pero como quiera que el derecho en este caso procede por una ficción jurídica, por una legítima presunción que conduce á equiparar al poseedor de buena fe con el propietario, y la ficción no excluye, antes bién presupone en la mayoría de los casos la existencia de este último, de aquí que tengamos que restringir los efectos de la presunción, en tanto la subsistencia del derecho del poseedor no perjudique otro derecho de mejor origen, cual sería el del propietario que justificase su dominio. Todos los derechos se condicionan recíprocamente, y de extender hasta sus últimas consecuencias la ficción con que el Código ampara al poseedor de buena fe, padecería lesión el propietario por actos ajenos que, considerados aisladamente, merecerían la sanción que consigo lleva la responsabilidad civil. El derecho, en tanto se emplea para la realización de un fin so l, en cuanto el sujeto jurídico, tomando como norma de sus r s la moral, aplica los medios de que dispone en el sentido d u fin sin perjudicar á los demás. Todavía cuando el sujeto a a torcidamente los medios que están á su alcance, pero sin lesi r

derechos de un tercero, se respeta esta torcida aplicación en aras de un pronunciado individualismo legal; pero cuando de la relación jurídica provienen ó pueden provenir daños conocidos, por actos propios y conscientes, si á mayor abundamiento la relación jurídica tiene por base una ficción que presupone, mientras no se consolide, otra relación jurídica, digna por lo menos de tanta protección como la primera la ley escrita, para ser justa en esta mutua reciprocidad de condiciones que coexisten para la vida normal del derecho, tiene que dar entrada á la sanción civil de la responsabilidad. He ahí por qué antes decíamos que al asimilar al poseedor de buena fe con el propietario, no había posibilidad de extender los efectos de la asimilación sino en tanto la subsistencia del derecho del poseedor no perjudicase otro derecho de mejor origen, cual el del propietario que justificare su dominio. Por estas consideraciones se explica que el Código civil español, siguiendo la huella que ya trazara el inmortal Derecho del pueblo romano, imponga al poseedor de buena fe la obligación de responder del detorioro ó pérdida de la cosa poseída cuando hubiese procedido con dolo ó culpa grave.

Llévanos esta deducción á ocuparnos de un extremo interesante que taxativamente hemos comprendido en la primera de las cuatro reglas formuladas al decir que no responde el poseedor del daño ó pérdida de la cosa poseída cuando hubiere procedido con negligencia ó culpa leve.

El Código atribuye al dolo del poseedor de buena fe la eficacia de obligar a éste á responder del deterioro que haya experimentado la cosa poseída ó á reparar su valor si la cosa se hubiese perdido; mas como quiera que no es lo mismo *dolo* que *culpa leve*, y el Código, con deliberado propósito, usa el primer vocablo y no el segundo, la fuerza de una severa lógica conduce á la tesis de que mediando culpa leve solamente, no nace en el poseedor con *bona fides* la obligación de responder por el menoscabo padecido.

Buscando la definición del dolo en nuestro Código, no hemos encontrado una que lo comprenda en toda su extensión, sino solamente en uno de sus aspectos.

El Código habla del dolo en los contratos y dice en el artículo 1.269: «Hay dolo cuando, con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro á celebrar un contrato que sin ellas no se hubiera hecho.» Dis-

tingue también entre dolo grave y dolo incidental. Pero, ¿es éste el dolo á que se refiere el artículo cuyo comentario estamos haciendo? En tesis general, podemos contestar con una negación. El dolo del poseedor, causa originaria de los deterioros ó de la pérdida de la cosa poseída, tiene más bien un fondo de negligencia y abandono que de perversión. *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.* La negligencia grande es culpa, y la culpa grande es dolo. No se trata, á nuestro modo de ver, de aquel aspecto del dolo que abarca en su contenido *omnis calliditas, fallatia, machinatio ad fallendum alterum, aut decipientum adhibita*, significando, como dice Chardon, la voz *calliditas*, el disimulo artificioso, la voz *fallatia*, el lenguaje engañoso, la voz *machinatio*, la intriga urdida para imponerse, sino aquel otro aspecto del dolo que comprende la negligencia en su más grave manifestación, de aquella culpa que, como dice el Digesto, *magna culpa dolus est.*

Del dolo á la culpa leve puede establecerse una serie de términos, cuya apreciación habrá necesariamente de quedar al criterio ilustrado de los Tribunales para decidir en cada caso si ha mediado culpa, negligencia leve ó dolo. La negligencia leve se comete por omisión no intencional; la culpa grave, el dolo, supone un abandono de la cosa, un descuido deliberado y consciente. Aunque la simple negligencia genera la responsabilidad civil, porque, como dice el art. 1.902, «el que por acción ú omisión causa un daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado», no hay que olvidar que el poseedor de buena fe se equipara al dueño y tiene los mismos atributos que éste mientras no aparezca, y por consiguiente, como el art. 1.902 dice relación á una persona distinta de aquella que causa el daño, que es la que lo recibe, y en la posesión de buena fe este daño se presume que se lo causa el mismo poseedor, no se incurre en contradicción al sostener que no le es exigible el deterioro ó pérdida de la cosa poseída producido por culpa leve, porque tiene este motivo con el de haberse conducido correctamente el lazo común de ser ambos no intencionales.

Buscando Goyena un antecedente legal á la doctrina que nos ocupa ya expresada por el proyecto de 1851, transcribe la ley § 3.°, tít. III, libro 5.° del Dig., y la 45, tít. I, libro 6.° del mi Cuerpo legal; mas con relación al caso concreto que estudian podemos citar la ley 41, tít. III, libro 5.° del Dig. *Ex diverso*

que si pauciores postea possidebit quam initio possidebat si modo id sine dolo eius acciderit, absolvi debet quod ad eas res quas desiit possidere. Esto es: Por el contrario, si también después poseyese menos que poseía al principio, si esto sucediese sin dolo del poseedor, deberá ser absuelto por lo perteneciente á aquellas cosas que dejó de poseer.

Conocido nuestro criterio acerca de la responsabilidad del poseedor de buena fe en el caso del artículo, nos preguntamos: ¿De qué poseedor trata la ley? ¿De aquel que tiene simplemente la tenencia de la cosa, ó de aquel otro que disfruta de la posesión con justo título y buena fe, ó sea con los elementos indispensables á tenor del art. 1.940 del Código para usucapir?

Nuestro criterio es el de que el artículo ha sido escrito para los que poseen con buena fe y justo título. Pongamos un caso que el Código nos suministra: Transcurren treinta años desde que desapareció un individuo, ó noventa contados desde su nacimiento, y existiendo parte legítima para promover el expediente, declara un Juez de primera instancia la presunción de muerte del ausente.

Dispone el art. 193 que así que haya sido declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato, según los casos. Como para los efectos legales, la presunción de muerte del ausente se reputa análoga á la muerte natural, tendremos que, á tenor del art. 440, la posesión de los bienes hereditarios se entenderá transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento en que fué firme la declaración de presunción de muerte. He aquí un poseedor de buena fe y un poseedor con justo título. Ahora bien: se presenta el ausente, ó sin presentarse se demuestra plenamente su existencia. ¿Qué sucederá? Hagamos aplicación del art. 457. El poseedor de los bienes hereditarios no responderá del deterioro ó pérdida de la cosa poseída.

Así, por otra parte, lo confirma, con aplicación expresa al caso de que se trata, el art. 194 al consignar que, si el ausente se esenta, ó sin presentarse se prueba su existencia, recobrará s bienes en el estado que tengan y el precio de los enajenados os adquiridos con él. Hay la diferencia en beneficio de este seedor hereditario de que poseyó como dueño.

No puede el art. 457 referirse á los que poseen como tenedores de la cosa ó derecho para conservarla ó disfrutarla, pero perteneciendo el dominio á otra persona, porque de éstos jamás cabe decir que *Bona fides tantumdem possidentis praestat quantum veritas quoties lex impedimento non est.* Así, á un comodatario, á un arrendatario, podemos calificarlos de poseedores en el concepto de que tienen y disfrutan de la cosa objeto del comodato ó del arriendo. Estos poseedores lo son de buena fe; sin embargo, carecen de la *convicto domini* en cuanto no poseen con la intención de haber la cosa ó derecho para sí y reconocen implícitamente el dominio del propietario. Por eso no les es en modo alguno aplicable el art. 457, y por eso también para estos poseedores rigen disposiciones especiales, como, v. gr., para los arrendatarios el artículo 1.563 del Código civil, que los hace responsables del deterioro ó pérdida que tuviese la cosa arrendada, á no ser que prueben haberse ocasionado sin culpa suya. Nos ratificamos, pues, en nuestro criterio de que el art. 457 dice relación á los que poseen con intención de dueños, mediante buena fe y justo título.

Estudiemos ahora el

Segundo caso, cuya enunciación se condensa en estas breves palabras: «El poseedor de buena fe responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, cuando se justifique que ha procedido con dolo.»

Si la posesión, en el concepto que ahora la estudiamos, no fuese un estado de hecho garantido por la ley mediante una presunción de dominio y el reconocimiento de los derechos que le son anexos, estado de hecho que en cierto modo coexiste con un dominio efectivo pero no reclamado, yacente pero no latente, no tendría razón de ser la disposición objeto del art. 457. Nutre éste su raíz en la consideración de que la subsistencia del derecho del poseedor está condicionada por la demostración más ó menos eventual que el propietario haga de su dominio, fundándose además en aquel principio de derecho de que el dolo siempre debe ser castigado. El dolo es, por su naturaleza, término de relación; así es que no se concibe dolo para consigo mismo. Aunque la relación posesoria descanse sobre la ficción de que poseedor posee como dueño mientras lo contrario no se demuestre, hay, por esta misma circunstancia problemática, que admitir la posibilidad de la demostración. Entonces queda el poseed

en una situación ambigua. De una parte está el propietario que reivindica su dominio y reclama la efectiva posesión de la cosa; de otro lado está el poseedor, cuya buena fe hay que descartarla desde que la *litis* se perfecciona por la contestación á la demanda. Si se nos permitiera la expresión, diríamos que el poseedor tiene que liquidar ganancias y pérdidas con el propietario.

Ahora bien: si el dolo, si la intención de perjudicar debe siempre ser castigada, la equidad y el derecho de consuno exigen que el poseedor responda del deterioro ó la pérdida de la cosa poseída á que intencionalmente diere lugar. Escriche define el dolo con bastante exactitud diciendo que es toda especie de astucia, trampa, maquinación ó artificio que se emplea para engañar á otro, ó el propósito de dañar á otra persona injustamente.

Según nuestro criterio, el dolo á que el Código alude comprende, no solamente la intención de dañar injustamente, sino también la negligencia grave é indisculpable, sin cuya concurrencia el daño no se hubiera producido. Pondremos ejemplos para facilitar la comprensión. *A* está poseyendo con ánimo de dueño una viña y no se cuida de podarla con regularidad. De este descuido resulta que el fruto desmerece, y en rigor cabe afirmar que la cosa poseída se deteriora. ¿Es esto dolo? En nuestro sentir, no. Aquí no hay más que culpa leve, no exigible al poseedor. El mismo caso: *A* posee una viña, y con intención de dañar arranca las cepas. *A* será responsable del daño padecido por la finca, porque procedió con dolo.

Un nuevo caso pondremos para apreciar otro aspecto del dolo. *A* posee una casa, que á consecuencia de un temporal queda gravemente resentida y exige para su conservación gastos de los que el derecho califica de necesarios. *A* no realiza las obras que la casa necesariamente requiere, procediendo con indisculpable abandono, y la casa se desploma. ¿Hay dolo? Podemos decir con el Derecho romano: *magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.*

Exige el art. 457 que el dolo se justifique por aquel que afirme su existencia. El principio no puede ser más lógico. El dolo no se presume. *Dolum non nisi perspicuis iudiciis probari convenit.* Más, *incumbit probatio qui dixit.* La concurrencia de estos dos principios explica y justifica satisfactoriamente la disposición del [illegible] que no requiere mayor comentario.

Tercero y cuarto caso.—Están tan íntimamente enlazados, que para mayor facilidad los trataremos unidos, ya que ambos tienen por coeficiente la mala fe. En dos grandes grupos ha comprendido la ley la intención de los sujetos de la relación jurídica y les ha dado expresión valiéndose de un término esencial: *fe*, al cual añade el adjetivo buena ó mala para significar la corrección ó la incorrección de los actos jurídicos. Buscando un concepto espiritualizado para encarnar en él la intención, ciertamente no pudo hallar el legislador ningún otro que denotara la inmaterialidad como esta voz *fe*, que resume en dos letras la aspiración y la vida entera del pensamiento. Cuando decimos buena fe, expresamos todo el instrumento de nuestra justificación; cuando decimos mala fe, por la contraposición del adjetivo, que indica incorrección, con el sustantivo, que expresa la suma rectitud, damos á entender una desviación de la moral que refluye directamente en la vida del derecho, determinando la sanción que éste encarna en la responsabilidad. Si entre la moral y el derecho tratáramos de tender un nexo que unificara los diversos puntos por donde se ponen en contacto, lo encontraríamos en la buena fe, porque el fondo de todas estas relaciones que el derecho acepta no es más que la misma moral, así como el fondo de la mala fe no es otro que una consciente desviación del sentir universal, de la moral en una palabra. Permítannos nuestros lectores esta breve digresión, que después de todo sirve para atenuar la aridez de la materia. Vamos á continuar ocupándonos de la influencia de la mala fe en la relación posesoria. La posesión, como ficción de derecho, sólo se justifica mediante la honesta intención de tener la cosa creyendo firmemente que es nuestra.

Cuando sabemos que la cosa que estamos poseyendo no nos pertenece, bien por haberla adquirido de otro con conciencia de que la tenía sin derecho, ó convencido de que el título en cuya virtud poseemos adolece de un vicio que lo invalida, racional es que respondamos de los deterioros ó de la pérdida de la cosa poseída con mala fe.

Goyena y Gutiérrez, no hallando en el Derecho castellano una disposición categórica, trataron, remontándose hasta el Derecho romano, de buscar el abolengo de tan justa doctrina, y aun bien porque coincidieran en el mismo precedente, bien porque el segundo copiara al primero, citaron la ley 45 del tít. I, [illegible]

del Digesto: «*Si quiden a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo; debere ceteros etiam de culpa sua inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.*

Como antes hemos dicho, en el Derecho castellano no se encuentra una ley que fije reglas respecto de la reparación del daño causado en la cosa poseída, porque la ley 40 del tít. XXVIII de la 3.ª Partida que trata de «cómo el que tiene la cosa á mala fe, e le es vencida por juyzio deue tornar todos los frutos,» no puede reputarse exacto precedente del art. 457, aun cuando en ciertos casos que determina, concretamente imponga al poseedor de mala fe la obligación de devolver al dueño, no sólo los frutos producidos, sino los debidos producir, restitución esta última que en cierto modo puede reputarse como una indemnización del daño causado.

Sin embargo, como el Derecho español, no ciñéndonos ya al Derecho de Castilla, es tan amplio en sus diversas manifestaciones, tenemos en el Código tortosino, digno de más estudio del que comúnmente se le dedica, un precedente autorizado de la materia que estamos estudiando. Lib. III, Rúbrica IX, *De usufructu:* «Si algu pren per sa propria auctoritat casa o cases d'altre que aja per successio e per altra rao, can aço leyalment será prouat, deu retre a aquel, de qui la cosa es, tot lo loguer qu'en ha pres o que pendre'n pogra, si logar lo volgues, ab tot lo don e pejorament que les cases auran pres en parets o en altres coses.»

El precepto es análogo al del art. 457, con la diferencia en beneficio de este último, de que su expresión es más científica; pero no hay que perder de vista la época en que el Código de Tortosa se promulgó y la honrosa excepción que constituye en nuestro antiguo derecho.

Dice el art. 457 que el poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida *en todo caso*. ¿Es esto cierto? Creemos que no. Bien está que sea responsable del daño que experimente la cosa indebidamente poseída cuando su voluntad intervenga: justo es que responda del menoscabo cuando medie siquiera no más que culpa leve; ¿pero se le podrá exigir al poseedor de mala fe responsabilidad por el deterioro que sufra la cosa cuando el deterioro reconozca por causa el accidente fortuito? El proyecto de 1851 llevó su rigorismo hasta un punto exagerado, porque estableció en el art. 434 que el poseedor de mala fe responde aun-

que la pérdida ó el deterioro haya ocurrido por fuerza mayor. El Código vigente ha dulcificado esta dureza.

Cierto que mantiene el principio, pero no le aplica más que en un solo caso: cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa á su poseedor legítimo. Por eso la frase *en todo caso* no debemos interpretarla literalmente, porque nos conduciría á una conclusión que no se aviene con el espíritu del Código. La locución *en todo caso*, á nuestro entender, significa que el poseedor de mala fe responde del deterioro y de la pérdida de la cosa poseída, lo mismo si cuidó de esta última con el esmero y la solicitud de un buen padre de familia que si su conducta fué dolosa é intencionalmente destruyó la heredad, taló la arboleda, padeció graves negligencias, etc. Pero de aquí á imputarle la fuerza mayor en todos los casos en que sobrevenga, media una distancia incalculable. La fuerza mayor no es toda fuerza natural, y en esta distinción hay que fijarse mucho. Cuando se usa la locución fuerza mayor, damos á entender aquella manifestación de las fuerzas naturales producida por modo violento y sobreponiéndose al poder del hombre de tal modo que éste resultaría insuficiente para contrarrestarla, y si lo intentase, su esfuerzo quedaría aniquilado. Fuerza mayor no se reputa, por ejemplo, la corriente continua de un río que poco á poco va carcomiendo una ribera por la adherencia de las aguas y arrastre de las tierras; pero si este río en una crecida desprende un gran pedazo de tierra, habremos de reconocer la fuerza mayor.

Tampoco podemos decir que hay fuerza mayor en la destrucción continua que la acción del tiempo va causando en las edificaciones; pero sí la habrá, v. gr., cuando la edificación se viene a tierra por el movimiento del suelo en un terremoto, por el empuje de las aguas en una inundación, por la fuerza del viento en los vendabales, por la acción del fuego en la chispa eléctrica. El poseedor de mala fe puede experimentar en la heredad que posea sensibles daños que no salgan de los límites de lo natural en su ordinaria manifestación. Así, v. gr., padecer los frutales una enfermedad y perderse muchos de ellos sufriendo detrimento la finca; arruinarse un tapial; deteriorarse la casa, etc.; mil co gencias que no hay posibilidad de exponer. He aquí cuáles los deterioros de que el poseedor de mala fe responde siem porque son los que se producen aun prestando toda aquella

citud y esmero que el más diligente dueño pondría en el cuidado de su propiedad. Mas rechacemos la odiosidad de exigirle los deterioros que la fuerza mayor ocasione, y congratulémonos de que el legislador de 1889 se haya apartado del principio rigorista que con toda su crudeza y sin atenuaciones estampó en su proyecto el legislador de 1851. No responde, pues, *en todo caso*, como con grave impropiedad dice el art. 457. Un poco de más esmero en la selección de la frase no vendría mal en las sucesivas reformas que hayan de introducirse en el Código, ya que por desgracia en las resultas de la prática tanto y tanto litigio se nutre con las impropiedades de la ley y los tiquis miquis interpretativos que sobre las mismas cimentan las partes que contienden.

En el terreno de la más pura filosofía del derecho no sería lícito medir con el mismo rasero, según lo hace el derecho positivo, la conducta de dos poseedores de mala fe, uno de los cuales se hubiese conducido en la posesión con el esmero y cuidado de un propietario celoso por su propiedad, y el otro con grave negligencia y aun con la intención dañada de causar un perjuicio al dueño de la cosa. No censuramos que el poseedor de mala fe responda del deterioro ó de la pérdida. La mala fe es merecedora de la más severa sanción, del más rigoroso correctivo, pero cuando á la mala fe en la tenencia de la cosa poseída se agrega una conducta dolosa, una perversión moral, cual la que revela el daño causado intencionalmente, entonces á la reparación del deterioro añadiríamos nosotros la indemnización de perjuicios. Y ciertamente que no sería el caso sin antecedentes, porque no hay más que pasar hacia atrás unas cuantas páginas del Código civil y nos encontramos el art. 379, en el que, tratándose de la incorporación de dos cosas muebles, se impone al dueño de la cosa principal, si es el que ha procedido con mala fe, la obligación de satisfacer su valor al de la accesoria, indemnizándole además de los daños y de los perjuicios que se le hayan seguido.

Aunque sea á riesgo de ser tachados de minuciosidad, no podemos menos de formular la siguiente pregunta: El poseedor de mala fe, ya que responde del deterioro y de la pérdida de la cosa eída, ¿responderá también de la depreciación que sufra la a por causas que influyan de un modo general en el valor de ropiedad? A está poseyendo una granja agrícola á sabiendas ue adquirió la posesión de quien no era más que un detenta-

dor de la finca. La granja tiene un valor como 20, y al cesar A en la posesion, por efecto de una crisis económica que influye en el valor de la propiedad territorial, la finca, que materialmente no ha sufrido ningún deterioro, antes bien, ha recibido mejoras en su cultivo, introducidas por el poseedor, no vale en venta más que como 12. De esta diferencia de 8, ¿responderá al dueño el poseedor de mala fe? En modo alguno. Las causas generales, el malestar económico de un país, ó de una región, ni son imputables individualmente, ni la influencia de este malestar en el precio de los bienes raíces ó de las cosas muebles puede estimarse deterioro. El deterioro afecta á la cosa en sí misma, en su composición, y la desmejora en el precio se produce por el influjo de motivos externos á la cosa que puede permanecer sin haber padecido alteración y acaso habiendo mejorado.

No hay que extremar las consecuencias. Más decimos: aun cuando el poseedor retrasase maliciosamente la entrega de la cosa á su legítimo dueño, y en este interregno la baja en el precio se produjese, no será responsable de la diferencia de valor para con el dueño, siquiera, buscando analogías, se dijera, y no sin algún fundamento, que concurría una causa de fuerza mayor.

A este argumento se contesta diciendo que la fuerza mayor de que habla el Código en el art. 457 es la producida por los elementos de la naturaleza, mas no la que proviene de la dinámica social.

Llegamos por los pasos contados al único caso en que nuestros legisladores han admitido la teoría, siempre odiosa, de hacer responsable al hombre del daño producido por la naturaleza en sus violentas expansiones, en sus ratos de mal humor, si la frase nos es permitida.

El legislador no se ha fijado tanto en la falta de equidad que supone imputar á un poseedor de mala fe la responsabilidad de los daños provenientes de la fuerza mayor, como en la necesidad de imponer á mayor delito mayor pena.

Sin duda desde este punto de mira hay que estudiar el último inciso del art. 457, porque sólo así podemos justificarlo de alguna manera.

El raciocinio que ha conducido á los legisladores á sentar doctrina, siempre antijurídica, de la responsabilidad por el accidente ocasionado por fuerza mayor, ha debido ser el siguiente

No debe ser la misma la responsabilidad de un poseedor de mala fe que tan luego como es requerido entrega al legítimo poseedor la cosa poseída, que la de aquel otro que, lejos de deferir á los requerimientos, retarda con malicia dicha entrega. El primero incurre únicamente en la sanción con que la ley civil castiga la posesión de mala fe; mas el segundo, á más de incurrir en igual penalidad, por decirlo así, agrava su conducta con el retardo voluntario y tachado de malicia. Esta agravación debe ser castigada de alguna manera. Y sin duda los legisladores no encontraron sanción más oportuna ni más jurídica que la de hacerle responsable de los deterioros ó de la pérdida de la cosa producidos por la fuerza mayor. Esta solución acomodaticia no tiene en el campo de la crítica jurídica justificación posible, porque si la conceptuamos como una pena impuesta á la conducta dolosa del poseedor de mala fe, la consecuencia que obtendremos será la de que la imposición de la pena dependerá de la buena ó mala fortuna del poseedor. Si ésta le es próspera y no sobreviene ningún accidente de fuerza mayor que cause menoscabo en la cosa, quedará exento de toda responsabilidad. Si, por el contrario, la fortuna le vuelve las espaldas y el accidente fortuito ocurre, sufrirá las consecuencias de la adversidad. Total: que existiendo en ambos casos el mismo fundamento, la misma causa, no se aplicará la pena sino en muy contadas ocasiones.

Como nuestros lectores comprenderán, la solución dada al problema no se plega ni poco ni mucho á las enseñanzas del derecho natural.

¿Cuándo podrá decirse que el poseedor de mala fe retrasa maliciosamente la entrega de la cosa al poseedor legítimo? A nuestro entender, cuando judicialmente haya sido requerido y no cumpla el requerimiento en el término que se le haya prefijado.

Mediando discusión litigiosa, bien sea en juicio ordinario de reivindicación, bien en juicio posesorio, una vez declarado en un caso el dominio á favor de uno de los contendientes, ya en el otro la posesión legítima, se impone en la ejecución de la sentencia recaída la necesidad de requerir al poseedor actual para que entre-

la cosa poseída á aquel cuyo derecho ha sido declarado. Si
no el requerimiento la entrega no se verifica dentro del tér-
o que al efecto se fije en el proveído judicial que se pronuncie,
ntar de dicho momento existe el retardo malicioso y la consi-

guiente obligación en el poseedor de mala fe de reparar el daño que pueda ocasionar cualquier accidente que reconozca por causa la fuerza mayor.

La ley de Enjuiciamiento civil dispone, en el art. 1.653, que en la sentencia que declare haber lugar al interdicto, por haber sido inquietado ó perturbado el demandante en la posesión ó en la tenencia, ó por tener fundados motivos para creer que lo será, se mandará mantenerle en la posesión y requerir al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos ú otros que manifiesten el mismo propósito, bajo el apercibimiento que corresponda con arreglo á derecho.

En la sentencia que declare haber lugar al interdicto por haber sido despojado él demandante de la posesión ó de la tenencia, se acordará que inmediatamente se le reponga en ella.

El art. 926 de la misma ley de Enjuiciamiento, ocupándose de la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales y Jueces españoles, dice: «Cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente á ponerlo en posesión de la misma, practicando á este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado. Lo mismo se practicará si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida.»

Confirman estos dos artículos el criterio que acabamos de exponer, porque aunque moralmente la obligación de devolver la cosa sea constante en el poseedor de mala fe por el solo hecho de su viciosa posesión, también lo es que en la realidad del derecho positivo es indispensable fijar un límite al poseedor de mala fe, á contar de cuyo límite, si prolonga la posesión deliberadamente, debe estimarse el retardo malicioso. Este límite no puede ser la sentencia, consagración del derecho de una parte que hay necesidad de ejecutar y cuya ejecución depende de la voluntad del vencedor en el litigio. Este límite tiene que ser necesariamente el requerimiento judicial al poseedor para que entregue la cosa poseída ó para que se abstenga de efectuar en lo sucesivo todo acto posesorio.

Bien pudiera ocurrir que siguiéndose un pleito sobre reivindicación de un inmueble, vinieran á un acuerdo el ejercitante *jus vindicandi A* y el demandado *B*, reconociendo éste el dominio de aquél y comprometiéndose por transacción instrumentalmente consignada á conferirle la posesión al dueño en determi-

día, v. gr., porque reconociendo el reivindicante la buena fe y la necesidad de abonar el importe de los gastos de cultivo, pactaran, valiéndose del derecho que el art. 452 concede, que el demandado *B* continuara en el cultivo hasta obtener la recolección de los frutos pendientes como compensación. Y supongamos ahora que recolectados los frutos y llegado el día establecido en la escritura, se negara *B* á la entrega del inmueble ó la retrasase con maliciosas disculpas. Si sobreviniera alguna fuerza mayor que causara deterioros en la cosa raíz de que se trata, ó diese lugar á su pérdida, ¿sería responsable el tenedor de la cosa *B*? En nuestro sentir, indiscutiblemente. Reconocido el dominio del reivindicante por *B*, y habiéndose obligado á entregar la cosa en determinado tiempo, su rebeldía á cumplir lo pactado constituye un dolo flagrante, que además de convertirlo en poseedor de mala fe, le coloca en situación idéntica á la que define y castiga el último inciso del art. 457. El principio es muy repetido, pero en el derecho las repeticiones no constituyen, como en literatura, vicio que deslustra. Donde existe igual razón, existe igual derecho, *ubi eadem est ratio*. ., etc. Nótese, además, que tanto en el caso en que se proceda por requerimiento judicial, como en este otro ejemplo que hemos propuesto, para deducir el retraso malicioso partimos de un límite ó término, á contar del cual comienza el derecho á la efectividad de la posesión en aquel que ha demostrado su preferente facultad.

El estudio minucioso del art. 457 nos lleva como por la mano de la generalización de las reglas que en él se sientan á particularizar su aplicación en casos concretos. Y entre la variedad que pudiéramos exponer se nos ofrece uno con tan marcado relieve, que no podemos dejar de presentarlo á la consideración de nuestros lectores, porque por su misma especialidad no se encuentra resuelto por la ley positiva y hay que recurrir para decidirlo á las reglas perdurables del derecho natural, y siempre sin poder sostener otras pretensiones en punto á certeza que la del mutuo respeto que merece el criterio individual.

Hay un caso en el derecho, en el que, debido á la fuerza natu-
el propietario ó el poseedor pierden la cosa objeto de su pro-
ad ó posesión, que pasa á ser del dominio público. Es un ver-
ro caso de fuerza mayor previsto por el art. 372. «Cuando en
o navegable y flotable, variando *naturalmente* de dirección, se

abre un nuevo cauce en heredad privadada, este cauce entrará en el dominio público.» Y añade el artículo, separándose de los precedentes romanos ya criticados por el jurisconsulto Pomponio y adoptando el que nos suministra la ley 14, tít. IV, lib. 3.º del Fuero Real: «El dueño de la heredad recobrará el cauce, siempre que las aguas vuelvan á dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por el esfuerzo del hombre mediante trabajos legalmente autorizados al efecto.»

Nos hallamos enfrente de un caso singular; un impulso incontrarrestable de las fuerzas naturales que al convertir en de dominio público la porción de la heredad particular que ocupa el nuevo cauce, borra la propiedad privada y borra también toda relación posesoria individual, desde el momento en que, como sabemos, sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.

Hagámonos cargo de un poseedor de mala fe que, retrasando con maliciosas disculpas la entrega de la heredad poseída al poseedor legítimo, es sorprendido por una inundación y las aguas de un río próximo toman por la heredad que estaba poseyendo. Aquí tenemos un caso de pérdida de la cosa poseída por fuerza mayor.

Como quiera que el art. 457 no distingue, sino que deliberadamente establece un precepto generalísimo encarrilado por estos dos términos, *fuerza mayor*, *retraso malicioso*, y en el caso propuesto concurren ambos, ineludiblemente tenemos que deducir que el poseedor de mala fe, al cual nos estamos refiriendo, es responsable de la pérdida de la cosa para con el que debía entrar en la legítima posesión de la misma.

Mas observemos que el art. 372 concede al dueño de la heredad el derecho de recobrar el cauce siempre que las aguas vuelvan á dejarlo en seco, bien naturalmente ó por trabajos legalmente autorizados.

Partamos del supuesto de que las aguas vuelven á su cauce primitivo (contingencia problemática que nada influye en la obligación de reparar la pérdida experimentada en que está el poseedor de mala fe). El dueño adquiere de nuevo la propiedad cauce. ¿Estará entonces en la obligación de devolver el importe la reparación al poseedor de mala fe? Porque si no admitimos resarcimiento, descontados los deterioros y las ganancias deja

de percibir, ó sean los perjuicios, infringiremos aquel principio de Derecho universal que la séptima Partida recogió, expresándolo con estas tan repetidas palabras: *que ninguno non deue enriquescer tortizeramente con daño de otro.*

La solución no está escrita en ningún precepto de derecho positivo de un modo categórico; pero el mismo artículo que estamos comentando se presta á una deducción que, á nuestro entender, deja el problema resuelto.

El Código, colocándose del lado del poseedor de buena fe, procura, por cuantos medios están á su alcance, que no padezca el menor daño, y cuando esto ya no sea posible evitarlo, por haberse aquél consumado, busca en las responsabilidades personales y en las reparaciones efectivas la manera de neutralizar el deterioro padecido, la pérdida experimentada. Pero el Código se contiene en aquel punto en que la reparación compensa exactamente el daño sin otorgar exceso ni pecar por defecto. Ahora bien: ¿no sería contrariar visiblemente esta tendencia, negarla al poseedor de mala fe el derecho de pedir el resarcimiento de lo que entregó por vía de reparación, descontado el importe de los deterioros y de las ganancias dejadas de percibir? Así lo creemos. Si la naturaleza espontáneamente repara y vuelve al dueño el cauce que le arrebató, no puede subsistir la reparación individual sino para el solo efecto de responder por el deterioro que se observe y justifique las de las utilidades no obtenidas en el transcurso que la cosa se reputó perdida. Si así no fuera, habría exceso en la reparación, y la ley no quiere duplicidad en el resarcimiento, sino extrema exactitud en la compensación. He ahí por qué afirmábamos que, sin estar escrita la solución, el mismo artículo nos la estaba mostrando.

Para terminar este comentario, que ha obtenido mayor desarrollo del que en un principio hubimos de calcular, formulamos la siguiente pregunta: ¿Podrá el poseedor de mala fe, obligado á reparar el deterioro sufrido por la cosa poseída, provenga éste ó no de la fuerza mayor, compensar sus obligaciones con los derechos que la ley le concede, sirviendo esta compensación como medio extintivo de la responsabilidad en que haya incurrido? Según hemos visto, el art. 455 concede al poseedor de mala fe el derecho á ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, así como también el de llevarse los ob-

jetos en que los gastos realizados en mejoras de lujo y recreo se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos, abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión. Supongamos, pues, un poseedor de mala fe que ha efectuado gastos necesarios en la cosa y que está obligado á reparar deterioros ocasionados por un accidente de fuerza mayor sobrevenido en el tiempo en que retrasaba maliciosamente la entrega de la cosa poseída al poseedor legítimo. ¿Podrá haber compensación puesto que existen dos personas que por derecho propio son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra? Según nuestro criterio, la compensación es procedente, una vez que los deterioros hayan sido apreciados en su legítima estimación y los gastos necesarios se hayan líquidado. En estas circunstancias concurren todos los requisitos que como esenciales exige el art. 1.196 del Código civil. Con efecto: en el caso propuesto, cada uno de los obligados lo está principalmente y es á la vez acreedor principal del otro.

Una vez liquidado el importe de los gastos y el que ocasione la reparación de los deterioros, ambas deudas consisten en una cantidad de dinero. También se reputan vencidas, puesto que son exigibles á voluntad; y por último, nadie podrá dudar de que son líquidas. El que no haya retención ó contienda promovida por tercera persona y notificada en tiempo al deudor, es ciertamente una condición esencial para que la compensación pueda tener lugar, pero es contingente y tenemos que apreciarla previa la estimación de la eventualidad.

Concurriendo, según es visto, todas las exigencias legales, podemos sentar como un principio inconcuso que el poseedor de mala fe puede valerse de la compensación como modo extintivo de la obligación en que está de reparar el deterioro de la cosa poseída, siempre que mientras la estuvo poseyendo hubiere hecho en la misma gastos de los que el Derecho califica de necesarios, ó sea de aquellos sin cuya concurrencia no se hubiera podido evitar la destrucción de la cosa ó el perjuicio grave de la misma.

Como quiera que el art. 457 no exige al poseedor de mal[a] fe que abone el valor, previa justa estimación de los deteri experimentados por la cosa poseída con mala fe, sino que signa el deber de reparar el daño en términos generalísimos admite duda que dicho poseedor puede optar ó por la estima

del deterioro y su consiguiente abono en metálico, ó por efectuar por sí ó á su cuenta y ventura, las obras que sean necesarias para reparar el deterioro, toda vez que su obligación se cifra y concentra en entregar la cosa tal como entró en su posesión sin daño ni menoscabo.

En este caso, la compensación ya no cabe, tanto porque por el hecho de efectuar las obras por sí, el poseedor de mala fe obligado, desiste de su derecho á compensar, cuanto porque se imposibilita la concurrencia de dos cantidades líquidas. La homogeneidad de los elementos compensables es requisito esencial, y aquí esa homogeneidad no existe.

Aunque el poseedor de mala fe tiene también el derecho de retirar los objetos en que las mejoras de lujo y recreo consistan, siempre que no padezca la cosa ó el poseedor legítimo no prefiera quedarse con aquéllos, abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión, hemos hecho caso omiso de esta modalidad que nos ofrece los limitados derechos del poseedor de mala fe, porque aquí no se trata de una obligación que podamos calificarla originariamente de principal, como es la que tiene el poseedor legítimo de reintegrar los gastos necesarios hechos por el de mala fe sino del ejercicio de un derecho de este último, que puede ser coartado por el veto del primero, reteniendo los objetos previo el abono de su valor. La posibilidad jurídica de la compensación quedaría, por otra parte, destruída por la heterogeneidad de los elementos que en su caso se fundirían en el mutuo cruce y consolidación de obligaciones y derechos. De una parte, cantidad liquida; de otra, bienes que, cual los objetos de ornato, tienen la calidad de no fungibles. La compensación únicamente procedería en el caso en que el poseedor de mala fe, obligado á reparar los deterioros de la cosa poseída, optara por practicar una estimación de los daños y abonar en metálico su importe, y al mismo tiempo el poseedor legítimo prefiriera retener en su poder los objetos de lujo y recreo susceptibles de ser separados de la cosa sin menoscabo de la misma, abonando su justo valor. Habiendo entonces homogeneidad en los elementos compensables, la compensación podría tener lugar.

Recapitulando cuanto llevamos dicho, obtenemos las siguientes reglas:

Derecho civil.—1.ª El poseedor de buena fe no es responsable

para con el poseedor legítimo del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, cuando por su parte se haya conducido solícitamente en el cuidado de ésta, ó haya mediado culpa leve.

2.ª Pero el poseedor de buena fe responde del deterioro ó pérdida al poseedor legítimo cuando éste afirme y justifique que el primero ha procedido con dolo ó negligencia grave.

3.ª El beneficio de que habla la regla primera, refiérese á los poseedores de buena fe, y con ánimo de haber la cosa ó derecho para sí, no á los que sólo han la tenencia, coexistiendo con el reconocimiento del dominio de la cosa por otra persona.

4.ª Para los efectos expresados, se reputa dolo, no solamente la acción ú omisión consciente con la intención de causar un daño, sino la culpa y negligencia graves.

5.ª El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, bien se haya conducido correctamente en el cuidado y conservación de la misma, bien haya procedido con culpa leve ó dolo.

6.ª El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida ocasionado por causa de fuerza mayor sólo en el caso en que maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa al poseedor legítimo.

7.ª Se reputa que el poseedor de mala fe retrasa maliciosamente la entrega de la cosa poseída, cuando, requerido judicialmente para dicho efecto, no cumpla con el requerimiento en el término que se le haya prefijado.

Asimismo se estimará el retraso, á los fines del art. 457, cuando habiendo mediado pacto para la entrega de la cosa poseída en día cierto, no cumpla con lo pactado el que se obligó.

8.ª Si habiendo cumplido el poseedor de mala fe con la obligación de indemnizar la pérdida de la cosa poseída, ésta se restituye naturalmente ó por hallazgo al poseedor legítimo, queda obligado á devolver al poseedor de mala fe el importe de la indemnización, deducidos el valor de los deterioros padecidos por la cosa y el importe de los beneficios dejados de percibir.

9.ª El poseedor de mala fe podrá valerse de la compensación como medio extintivo de la obligación de reparar el deterioro la cosa poseída, cuando haya hecho en ésta gastos de los qu derecho califica de necesarios.

ART. 458. El que obtenga la posesión no está obligado á abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa.

Concordancias.—Igual al art. 463 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo, dada su concisa enunciación, se resolvería por sí solo si no se interpusiera en este caso como en la casi totalidad de los pasajes legales dudosos, el escollo de la terminología jurídica. Defecto es este, sin embargo, más frecuente de lo que dieran motivo á sospechar las flaquezas del pensamiento, aceptada la presunción incuestionable de la cultura jurídica de los autores del Código civil.

En el texto que nos ocupa, toda la dificultal, si de tal puede ser calificada, se compendia en depurar un concepto, mediante la acertada interpretación de un vocablo.

El que obtenga la posesión, dice el art. 458, no está obligado á abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa. En otro lugar de estos comentarios hemos hecho notar la diferente acepción gramatical y jurídica de las palabras mejora y gasto. El término gasto es genérico y denota consiguientemente un concepto comprensivo de la mejora en cualquiera de sus dos variedades, útiles y voluptuarias. Por el contrario, la palabra mejora supone un aumento del valor ó de la utilidad de la cosa; es por tanto, un término específico. Así, cuando decimos mejora, en buen castellano, no podemos aludir á los gastos necesarios, porque éstos tienden á conservar la cosa, pero no á aumentar su valor ó á ponerla en condiciones de que rinda mayor provecho ó proporcione mayor comodidad.

En esta corrección tecnológica se ha debido, sin duda, inspirar el art. 458. Cierto que en el Código no existe definición de los tos, ni de las mejoras, pero á poco que se observe, se nota una cada diferencia entre ambos conceptos y una selección escruosa en el empleo de la voz mejora, referida con exclusividad casos en que significa aumento de valor, de provecho ó de

placer. Probemos nuestro aserto. En el título que desarrolla la doctrina posesoria aparece por vez primera la palabra mejora en el art. 455. En este lugar se dice: «Los gastos hechos en *mejoras* de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe.» Por la consideración del término mejora como efecto de los gastos de puro ornato y recreo, compréndese que el artículo estima la mejora según su significado gramatical. La segunda vez encontramos empleada dicha palabra en el art. 456. «Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión.» Basta fijarse en que los influjos que la naturaleza ó el tiempo determinan en las cosas, refluyen en beneficio de un sujeto determinado, para desde luego asentir en que asimismo la ley emplea la voz mejora en equivalencia de aumento del valor ó de la utilidad.

Y dados estos antecedentes, no es de extrañar que al interpretar en el comentario actual la palabra *mejora,* sostengamos que el legislador patrio no se ha separado de su anterior criterio. Es también una consecuencia inmediata de la interpretación que dejamos expresada, la de que el artículo se contrae á las denominadas mejoras útiles, es decir, á las que no siendo indispensables para la conservación de la cosa poseída, producen en esta última un aumento de su valor ó de su producto.

Opinamos que no dice relación á los gastos ó impensas necesarias, porque además de que estos gastos ó impensas no pueden calificarse de mejoras con absoluta propiedad, el principio no excepcionado que rige, es el de su abono, tanto al poseedor de buena como al de mala fe, principio que quedaría contrariado si por causas, v. gr., de accidente fortuito ó de fuerza mayor, las obras necesarias dejasen de existir antes de que el vencedor en el litigio entrare en posesión de la cosa.

A, por ejemplo, está poseyendo de buena fe una heredad colindante con un río. Por el arrastre de las aguas, la ribera va menguando paulatinamente y el poseedor, para evitar la destrucción de la heredad, levanta un dique ó muro de contención. Tal impensa, de naturaleza un tanto disputada, es, á nuestro juicio, y sin ningún linaje de duda, eminentemente necesaria, porque no haberla efectuado, la heredad disminuiría de extensión y siguientemente se empeoraría. Admitamos asimismo la hipótesis de que por efecto de una avenida, el muro se destruye y el

seedor comienza á levantar uno nuevo. En estas circunstancias *B* demanda á *A* de reivindicación, y este último, reconociendo la exactitud de los títulos de *B* y la virtualidad de las razones alegadas en pro de su dominio, se allana á la demanda reivindicatoria. ¿Podrá *A* reclamar de *B* los gastos que le ocasionara la construcción del primer dique, no obstante haber dejado de existir al tiempo en que el segundo adquiera la cosa? Opinamos afirmativamente, porque el propietario, puesto en el lugar del poseedor, hubiera hecho lo mismo que éste en la hipótesis racional que forzosamente se impone de la conservación de la cosa poseída.

Partamos ahora del supuesto siguiente: *B*, poseedor de buena fe de una casa, deseoso de obtener mayor utilidad, introduce el agua y la luz eléctrica; ó en un fundo abre un pozo y coloca una noria metálica para elevación del agua. Si *B* es vencido de reivindicación por *A*, en un tiempo en que, por ejemplo, la noria ha sido desmontada y el pozo se ha cegado, es incuestionable que *A* no estará obligado á abonar unas mejoras que, aparte de no haber sido introducidas para la conservación de la casa, han dejado de rendir por efecto de su inexistencia la utilidad con cuyo objeto fueron introducidas.

Los dos ejemplos que anteceden dejan, en nuestro sentir, suficientemente aclarado el artículo y fuera de duda el concepto en que ha sido empleada la voz mejora.

ART. 459. El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.

Concordancias.—Igual al art. 464 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tít. XV, ley 10.*— ı o viña, o otra cosa qualquier mueble, o rayz, demandando ayzio vn ome a otro diciendo que era suya, si el demandado la tiene negare que non era suya del, abonda que el demandador pueda prouar que aquella cosa fue suya, o de su padre, o

de su abuelo, o de aquel cuyo heredero es, de manera que por tal prueua como esta deue ser entregado de aquella cosa. *E esto es, porque sospecharon los sabios antiguos que todo ome que en alguna sazon fue Señor de la cosa, que lo es aun, fasta que sea prouado lo contrario.* Otro si decimos que si algun ome fue tenedor de alguna cosa mueble o rayz si despues le fizieren demanda sobre ella, e el no queriendo entrar en pleyto responda, que non es tenedor de aquella cosa a la sazon que le fazen los demanda, en tal razon como esta decimos que non deuen apremiar al demandado que responda sobre aquella cosa, maguer en alguna sazon ouiesse estado tenedor della, fueras ende si le fuesse prouado que desamparara o desechara la tenencia de aquella cosa engañosamente, porque non gela pudiessen demandar, o si ouiesse ganado la tenencia de aquella cosa por fuerça, o por robo, o por engaño. Ca estonce seria tenudo de responder a la demanda quel fazen sobre aquella cosa bien assi como si fuesse tenedor della segun mostramos en las leyes deste nuestro libro que fablan en esta razon. Mas si aquel que prouó que fue tenedor en algund tiempo de la cosa sobre que es la contienda dice aun, e otorga que oy en dia es tenedor della, sin falla deuemos sospechar que lo sea fasta que el otro quel referta la tenencia prueue el contrario. Otro si decimos que el ome que alguna vegada fue apoderado de alguna cosa por razon de empeñamiento o porque le fue prestada o dada en guarda que siempre deuen sospechar que la tiene maguer la negasse en juyzio fasta que prueue que la torno, o la entrego a aquel de quien la recibiera, o a su mandado o que la perdio por furto o por fuerza, o por robo, o por otra ocasion. Ca prouando alguna cosa destas razones non es tenudo de pechar la cosa que assi perdio, fueras ende si el demandador pudiesse prouar que aquella cosa se perdio por culpa o por engaño del demandado.

Ca estonce decimos que seria tenudo la parte contra quien esto prouassen de pechar aquella cosa que assi ouiesse perdido segund mostramos en las leyes deste nuestro libro que fablan en esta razon.

COMENTARIO.—*Probatis extrema praesumuntur media.* En enunciado se condensa la presunción establecida por el art. Probada la posesión actual y la posesión anterior, es decir, mostrados ambos extremos posesorios, si vale la expresió

presume que se poseyó durante el tiempo intermedio. Nuestro Código refleja con bastante exactitud la doctrina, mediante estas palabras. El *poseedor actual* que demuestre su posesión *en época anterior*, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.

Tal es el espíritu de la moderna jurisprudencia, consagrado de un modo definitivo por el art. 2.234 del Código Napoleón, redactado casi en los mismos términos que el 459 de nuestro novísimo Código. *Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement, est presume avoir possedé dans le temps intermediaire, sauf la preuve contraire.*

No ha sido este, sin embargo, el sentir de los tratadistas anteriores al presente siglo, ni el criterio aceptado por la jurisprudencia entonces reinante. Recuérdese ante todo por la lectura de los precedentes legales, el principio escrito en nuestras leyes de Partidas. Rodeadas de minuciosidades adjetivas concernientes á las demandas judiciales y á sus contestaciones, encuéntranse estas palabras: *E esto es, porque sospecharon los sábios antiguos que todo ome que en alguna sazon fue Señor de la cosa, que lo es aun fasta que sea prouado lo contrario.*

Los antiguos jurisconsultos, como hace notar Savigny, con ocasión de determinar el principio de la *possessio* en la usucapión, admitieron una *presumptio* extensa que se determinaba, no por el hecho probado de la posesión actual y de una posesión anterior, sino tan sólo por está última. Hugolino y Placentino, sigue diciendo Savigny, adoptaban la presunción de la posesión anterior y la aplicaban á la posesión presente.

Mas aunque por mucho tiempo fué regla muy generalizada la de *Olim possessor, hodie possessor praesumitur, et ex possessione de praeterito arguitur possessio de praesenti vel medio tempore, nisi contrarium probetur*, fueron creándosele trabas al precepto y reduciéndose los límites de la presunción hasta condensarse en la regla que consignó el Código francés y ha recogido nuestro vigente Derecho civil. Johannes, por ejemplo, ya se opuso á la tesis de Hugolino, apoyándose en que se pierde más fácilmente la po- ión que la propiedad.

'n tiempos más recientes, Dunod, que mantuvo en todo su r el principio de los glosadores, ha sido combatido por Ma- le y Troplong, alegando que una posesión antigua, no acom-

pañada de la prueba de una posesión actual, es la demostración mejor de que la posesión se ha perdido.

Los Códigos modernos siguen las huellas trazadas por el Código Napoleón. El Código italiano (art. 691) expresa: «Se presume, salvo prueba en contrario, que el poseedor actual que demuestre su posesión anterior, ha poseído también durante el tiempo intermedio.»

El Código de la República de Méjico manifiesta (art. 926): «El poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo anterior, tiene en su favor la presunción de haber poseído en el intermedio.»

Por la misma senda se ha dirigido el legislador guatemalteco, estatuyendo en el art. 524 de su Código que siempre que el poseedor actual pruebe haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio si no se justifica lo contrario.

La unanimidad con que la presunción, que es objeto del artículo que comentamos, aparece recogida por las legislaciones civiles extranjeras, demuestra su importancia. La continuidad de la posesión, en cuanto su coexistencia con otros requisitos también integrales, determina la usucapión, tiene su arma más eficaz en la presunción complementaria del tiempo intermedio.

Por otra parte, su justificación nos la da hecha el mismo Código. Si toda posesión se supone que se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, y el poseedor actual demuestra su posesión en una época anterior, hay necesariamente que admitir la doctrina legal del art. 436 y presuponer en su consecuencia, que aquel poseedor que adquirió, v. gr., en concepto de dueño la posesión, continúa poseyendo en el mismo concepto. Ahora bien: si á esta *presumptio* se la limita por la prueba palmaria de una posesión actual, la presunción del tiempo intermedio es incuestionable.

Pero como toda presunción, según ya hemos expuesto en otro lugar de estos comentarios, tiene su mayor antagonismo en la demostración del hecho contrario que la destruye, el Código patrio, procediendo con estricta lógica, ha subordinado el supuesto *juris* del tiempo intermedio á la resultancia de una prueba realizada de contrario que patentice la inexistencia de la posesión durante el lapso comprendido entre los dos extremos posesorios demostrados por el poseedor. Probada esta inexistencia, queda rota la continuidad posesoria.

ART. 460. El poseedor puede perder su posesión:

1.° Por abandono de la cosa.

2.° Por cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito.

3.° Por destrucción ó pérdida total de la cosa, ó por quedar ésta fuera del comercio.

4.° Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.

Concordancias.—Igual al art. 465 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Viejo de Castilla, libro IV, tit. IV, ley 2.ª*—Si un ome demanda a otro eredat que dis que es sua, e aquel que demanda dis que pues quel demanda eredat, que gela apee qual eredat le demanda, el Alcalle deve mandar, que gela apee; e agela de apear ante cinco testigos de sua perrocha del demandado, e despues quando vinieren a juicio antel Alcalle si aquel, a quien demanda la eredat, dis que es tenedor año e dia en fas, e en pas de este que gela demanda, e él morando en la Viella, labró e defrutó a tiempo, e saçon entrando, e saliendo, probando esto con cinco omes bonos, el tenedor deve fincar con sua eredat: e si aquel que demanda dijier que este detenimiento non vale contra el, cá el querelló ante quel tovier año e dia, deve probar que quérelló al Alcalle, o en conceio pregonado, o en su Perrocha de aquel a quien demanda ante cinco de suos vecinos: e si dijier que aquella eredat non la puede ganar dél por detenimiento, quel aya venido, que del mismo la tiene acomendada a medias, o arrendada, o emprestada, o empeñada, el demandador deve responder, si querelló ansi como el dis, o si lo tiene del por tal raçon como el dis; e si el tenedor de la eredat dijier que verdat es lo que el dis, tal tenencia non vale: e si gelo negare, e el q iemanda non gelo podier probar, deve ser vencido el que c nda; e el tenedor auer la eredat por sua.

ero Viejo de Castilla, libro IV, tit. IV, ley 9.ª—Esto es Fuero (iella: Que si algundo me labra cosa alguna de nuevo, ansi

como casa, o molino, e planta y guerta, o viña, e tienelo año e dia, en pas labrando; si ante del año e dia viene algun suo pariente, o estraño, e querellase de aquella labor, que face, al Conceio o a los Alcalles, o en sua collacion de aquel que la labra, tal tenencia como esta non vale contra aquel que lo querella. E los Alcalles luego que oyeren tal querella devén defender á la parte que la non labre mas, fasta quel pleito sea librado por derecho. Mas si la labró ansi e touier año e dia, el otro seyendo en la tierra, e en el logar e entrando e saliendo nol puede embargar.

Ley 242 del Estilo.—Otrosi, en el Fuero de las Leyes, en el título de las cosas que se ganan, ó se pierden por tiempo, en la primera ley deste título dize así: Todo ome que demandare á otro heredad, ó otra cosa qualquier, si el tenedor de la heredat, ó de la cosa quel demanda quisiere manpararse por tiempo, y dixese qué año, et dia es pasado, et que la tovo en faz, et en paz de aquel que la demanda, et que por ende no le debe responder; si le probare qué año, et dia la tovo en faz, y en paz, entrando, et saliendo el demandador en la Villa, no le responderá: aquestas palabras desta ley entienden, et juzgan asi los sus Alcaldes en la Corte del Rey. En aquello que dice en faz, que se entiende deste demandador de la cosa, entrando, et saliendo el demandador en la Villa, entienden en la Villa, ó en el Lugar do es aquella cosa sobre que contienden. Et en paz entienden si non la demandó, ó no embargó al tiempo del año, et dia al tenedor, ó al que lo tiene, maguer lo tuviese por él. E otrosi, entienden esta ley en razon del año, et dia, puesto que sea probado que lo tovo año, et dia en faz, et en paz, que se entiende que non sea tenudo de responder este tenedor quanto en la tenencia, et finca el tenedor por el año, et dia en verdadera tenencia desta cosa: mas la propiedad, que es el señorio de la cosa, en salvo finca á la parte, que la puede demandar asi como el demandador que es metido por mengua de respuesta en tenencia de la cosa que demanda, si la tiene un año, finca tenedor en verdadera tenencia de aquella cosa, et non responderá, por aquella tenencia, mas finca el señorio de la cosa, que gela puede demandar la parte. Empero si este que tiene la cosa mostrare que la compró, ó otro título derecho, é mos re que la tovo año, et dia en faz, y en paz, del demandador non á tenudo de responder sobre la posesion, nin sobre la prop d ques el señorio de la cosa.

Fuero Real, libro II, tit, XI, ley 1.ª—Todo home que demandare heredad á otro, ó otra cosa cualquier, si el tenedor de la heredad, ó de aquella cosa que le demandan, quisiere ampararse por tiempo, é dixere que año e dia es pasado que lo tuvo en paz y en faz, entrando y saliendo de la tierra, ó en la Villa el demandador, no le responda el tenedor de la cosa: é si el tenedor de la cosa no pudiere esto probar así como manda 'el Fuero, mandamos que responda al demandador. E si tuvo la heredad, ó la cosa en peños ó encomienda ó arrendada, ó alogada, ó forzada, no se pueda defender por tiempo, así como dicho es en esta ley. Ca estos á tales no son tenedores por sí, mas por aquellos de quien tienen la cosa.

Partida 3.ª, tit. XXX, ley 12. (Véanse los precedentes del artículo 436.)

Idem id., ley 10. (Véase el art. 432.)

Idem id., ley 13.—Desamparando algún ome maliciosamente la cosa que tuuiesse arrendada, ó alogada, porque otro alguno se apoderasse della; tal engaño como este non le empece al señor de la cosa, nin pierde por ende la tenencia della: ante dezimos, que todo quanto daño, ó menoscabo le viniesse por tal razon como esta, que sería tenudo de gelo emendar aquel á quien auia alogada, ó arrendada la cosa. Mas si el que tuuiesse la cosa arrendada, ó alogada, metiesse á otro en tenencia della, con intencion que la perdiesse el señor, ó lo echasen á el della por fuerça, en cualquier destos dos casos pierde el señor la tenencia que auia en la cosa, como quier que non pierde el señorio; é non la puede el despues entrar por sí mismo, nin echar al otro della. Empero puédese querellar al Judgador del lugar, de aquel á quien el arrendó la cosa, ó la alogo, si el apodero della á otro, que le torne la cosa con todos los daños, é los menoscabos que le vinieren por esta razon. E del forçador que la forço, quel faga emienda por ende, segund mandan las leyes deste nuestro libro.

Partida idem, tit. id., ley 14.—Bien assi como son ciertas maneras, porque los omes ganan tenencias de las cosas; assi son otras casos ciertos, porque las puedan perder, despues que las ren ganadas. E son éstos: El primero es, por auenidas de , ó por acrescimiento de mar, que se apoderassen de la cosa ne alguno fuesse tenedor, de manera que la cobriesse toda, que el, nin otro por el non pudiesse fincar en la tenencia. El

segundo es, si la cosa de que ouiere la tenencia, fuere mueble, é cayesse en la mar, ó en algun rio. Empero, como quier que pierde la tenencia por alguna destas dos maneras sobredichas, en saluo le finca el señorio al que la pierde, para poderla demandar á quien quier que la falle. El tercero caso es, quando alguno sotierra, ó consiente soterrar á algund ome en el lugar de que era tenedor, con entencion que finque y soterrado para siempre. Ca por tal soterramiento fazese luego aquel lugar religioso, é pierde por ende la tenencia aquel cuyo era. E esto es, porque de ningun lugar religioso, nin santo, nin sagrado, non puede ningun ome auer possession, assi como de las otras cosas.

Partida idem, tit. id., ley 17.—En perder tenencia de las cosas ha departimiepto entre las que son muebles, e las que son rayz. Ca si ome es tenedor de alguna cosa que sea rayz, non pierde la tenencia della, si non por vna destas tres maneras. La primera es, si lo echan della por fuerça. La segunda es, si la entra otro alguno non estando el delante, e quando viene despues, non lo reciben dentro en ella. La tercera es, quando oye que alguno entró la cosa de que el era tenedor, é non quiere yr allá, porque sospecha, que non lo querrán dexar entrar en ella, ó que lo echarían ende por fuerça, si la entrase. Empero como quier que pierde la tenencia por alguna destas tres maneras, en saluol finca poder para la demandar en juyzio, é aun el señorío della. Mas si la cosa fuesse mueble, puede perder la tenencia della, maguer el que tenia la possession, non lo sepa á la sazon que la pierde. E esto sería, como si gela furtassen. Empero, si algund ome perdiesse la cosa mueble, de que el fuesse tenedor, ó que la ouiesse en su guarda con todo esso siempre se entenderia, que es tenedor della en quanto la andouiere buscando. Mas si la cosa non touiesse el señor en su guarda, que la ouiesse prestada, ó logada, ó encomendada á otri; si la perdiesse aquel que la touiesse por el en alguna destas maneras, pierde el por ende la tenencia. Fueras ende, si la cosa que se perdiesse assi fuesse sieruo. Ca maguer el sieruo se pierda, non estando en guarda de su señor, siempre es tenedor del.

Partida idem, tit. id., ley 18.—Aves, ó bestias brauas, ó cados, prendiéndolos, ó cazándolos, si despues se fuyeren, é lieren de su poder, pierde la tenencia dellos aquel que la ganada. Esso mismo seria, quando los metiesse en algund lu

grande, maguer fuesse valladeado, ó cercado, ó se metiessen los pescados en algund estanque, ó albuhera, como quier que los omes vsen lo contrario.

Novísima Recopilación, lib. XI, tít. VIII, ley 3.ª—En los fueros de algunas ciudades se contiene, que el que tuviere o poseyere casa, viña o heredad por año y dia, en paz y en faz de aquel que se la demanda, entrando y saliendo el demandador en la villa, no sea tenudo á responder por ella; y es duda, si en la dicha prescripcion de año y dia es menester título y buena fe. Nos tirando esta duda, mandamos, que el que tuviere la cosa año y dia, no se excuse de responder por ella en la posesion, salvo si tuviere la cosa año y dia con título y buena fe.

COMENTARIO.—I. *Consideraciones generales*.—Cuatro modos reconoce el Código por los cuales se puede perder la posesión. Los dos primeros, á saber, el abandono de la cosa y la cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuíto, son eminentemente voluntarios: los dos siguientes, ó sean la destrucción ó pérdida total de la cosa, y la posesión de otra persona por más de un año aun contra la voluntad del poseedor, revisten un carácter mixto, por cuanto unas veces dependerán del libre arbitrio del poseedor y en la mayoría de las ocasiones, la pérdida de la posesión reconocerá por origen la concurrencia de elementos naturales ó de hechos completamente extraños á la libre determinación del sujeto que posea.

El Código, plegándose á lo mandado en la ley de Bases, comienza por estatuir aquellos modos que revisten un carácter general, y en su consecuencia, se aplican lo mismo á los bienes muebles que á los raíces, especificando luego en los sucesivos artículos, no las condiciones á que debe ajustarse la pérdida del derecho posesorio en las diversas clases de bienes, según con impropiedad enuncia la citada ley de Bases, sino las diferentes modalidades por las cuales se resuelve la pérdida de la posesión según se trate de los bienes inmuebles con relación al tercero, de los bienes muebles extraviados y de esa especie también mueble que en el antiguo derecho se denominó con suma corrección sevientes, es decir, los animales si están dotados de natural fie- á ó han perdido su bravura por la domesticación

Pero retrayéndonos al tema que nos ha de ocupar en este contario, observamos que los cuatro modos que en el art. 460 se

mencionan, refiérense á la posesión en su concepto más genuino y sin distinguir ambas especies de natural y civil. Esto se explica porque el legislador al desarrollar el particular concreto de la pérdida de la posesión, ha puesto la mira en aquel carácter común de ambas especies posesorias, mediante el cual la *possessio* se nos ofrece en el orden de la naturaleza con las apariencias ó exteriorizaciones del dominio; es, á saber, en la tenencia. De aquí que, procediendo con estricta lógica, haya elevado á la categoría de causas de pérdida de la posesión todas aquellas mediante las cuales se extingue, desaparece la tenencia del poseedor. Pero si en la posesión han de concurrir el elemento corporal y el espiritual, si su continuidad se ha de manifestar en la vida del derecho por la coexistencia de ambos factores integrales, es llano que cuando esta coexistencia se altera, cuando desaparece la cosa sobre la cual recaía la posesión, ó cuando la intención del poseedor se manifiesta en el sentido de no poseer y se traduce en actos, la posesión se extingue, bien porque falte el ánimo *Igitur amiiti et animo solo potest*, bien porque falte la cosa.

Por esto, las tres primeras causas de extinción que menciona el art. 460 del Código descansan en la realidad legal de la inexistencia del ánimo de poseer, manifestada por los actos del poseedor; en la destrucción de la cosa poseída ó en la alteración de su naturaleza, de suerte que en su nueva constitución no sea apta de una relación de propiedad privada.

Estas sencillas líneas son las que han servido de pauta al Código para establecer como causas de pérdida de la posesión: 1.°, el abandono de la cosa; 2.°, la cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuíto, y 3.°, la destrucción ó pérdida total de la cosa, ó el hecho de quedar esta última fuera del comercio.

Tienen estas tres causas una nota ó carácter común que, sirviendo de nexo, las enlaza estrechamente en el dogma hoy reconocido por las legislaciones, de ser la posesión, bien una exterioridad, bien una estación avanzada del dominio. Con efecto, el abandono, lo mismo que la cesión y que la pérdida total de la cosa, son al propio tiempo causas extintivas de la propiedad y de la posesión. Si el objeto de la propiedad se destruye, es indi tible que la relación dominical no puede generarse. Si el pro tario traspasa su propiedad á título gratuíto ó á título oner cesa la relación jurídica actual, para dar margen á una nu

Y no hacemos ahora expresa mención de la cuarta causa que el art. 460 enumera, ó sea la posesión de otra persona durante más de un año, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, porque, en nuestro sentir, este modo extintivo de la relación posesoria, ni es absoluto como los anteriores, ni descansa en una base legal que traiga su causa próxima de la libertad humana ó de la influencia de los elementos naturales, sino de una imposición meramente jurídica; de la conveniencia, ó mejor dicho, de la necesidad de buscar y limitar un punto de partida á contar del cual, los contornos difusos de la posesión se delineen con claridad.

No es de extrañar, por tanto, que el legislador patrio haya prescindido en este artículo de las distinciones que en punto á las causas por las cuales la posesión se pierde, siguieron los tratadistas de nuestro antiguo Derecho.

La posesión, según dichos escritores, entre los cuales merece mencionarse á Viso, se pierde natural y civilmente. Naturalmente, cuando por alguna circunstancia fortuíta se priva al poseedor de la tenencia de la cosa, y civilmente, cuando, continuando el sujeto en la posesión, se interrumpen los efectos propios de esta última.

Según las leyes de Partida que dejamos transcritas en los precedentes, piérdese la posesión juntamente con el dominio así en las cosas muebles como en las raíces:

1.° Cuando el poseedor la desampara con intención de no haberla para sí, ó cuando la cediere á título oneroso ó gratuíto.

2.° Cuando el poseedor fuese vencido en juicio petitorio.

3.° Respecto de los animales fieros y domesticados, cuando huyeren de poder de quienes los hubiesen cogido ó amansado, recobrando su primitiva libertad ó alongándose tanto que no quede esperanza de apresarlos.

Se pierde naturalmente la posesión de las cosas muebles, pero se retiene el dominio:

1.° Cuando la cosa cayere al mar.

2.° Cuando fuese hurtada.

Cuando el que tiene la cosa arrendada ó prestada la ex-
a, porque entonces pierde la posesión aquel que la prestó
ogó

pierde naturalmente la posesión respecto de las cosas in-
les, pero conservando el señorío:

1.° Si el poseedor es echado por fuerza de la cosa poseída.

2.° Si entra en la heredad alguno, no estando el poseedor delante, y cuando viene no lo reciben.

3.° Si sabiendo que alguno entró en la posesión, no quiere ir á recuperarla por temor de que no le admitan ó le arrojen con violencia.

4.° Si el locatario pusiese á un tercero en posesión de la cosa alogada, con ánimo de que el señor la perdiese ó fuese echado por la fuerza.

5.° Cuando por avenida del río ó avance del mar quedase la cosa raíz cubierta totalmente por las aguas.

Perdíase civilmente la posesión por emplazamiento, en virtud de demanda propuesta sobre la posesión ó el dominio de la cosa.

Borradas por el Código civil estas distinciones, establecidas por los expositores de nuestro antiguo Derecho, vemos, no obstante, recogidos en el art. 430 aquellos modos extintivos posesorios que por su universalidad pueden considerarse como causas complejas de extinción aplicables a las cosas muebles y á los bienes raíces, al dominio y á la posesión.

El desamparo de las cosas con ánimo de no haberlas para sí, y la cesión de estas mismas cosas á título oneroso ó gratuíto consignadas en la ley 12, tít. XXX de la Partida 3.ª, constituyen los modos que en primero y segundo lugar menciona el artículo objeto de nuestra investigación.

La destrucción ó pérdida total de la cosa, tercero de los modos enumerados en el Código, encuentra su correspondencia jurídica en aquellos casos á que la ley de Partidas se refiere cuando se ocupa de la avenida del río, del crecimiento del mar, de la cosa mueble caída en el mar ó en el río. El hecho de quedar la cosa objeto de la posesión fuera del comercio de los hombres, ó en otros términos, inhábil para poder ser objeto de una relación de propiedad privada, modo extintivo posesorio, reconocido asimismo por el Código, reside en potencia en aquel caso eventual previsto por la ley 14 del tít. XXX de la misma 3.ª Partida, ya citada, concerniente al soterramiento de ome con entencion, que finque soterrado para siempre.

Las diversas contingencias previstas en la ley 17 del mis título y Partida, referentes á la ocupación de la cosa raíz en sencia del poseedor ó contra su voluntad empleando la violen

hállanse científicamente condensadas en el caso cuarto del artículo 460, por cuanto reconoce como modo extintivo la posesión de otro aun contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiese durado más de un año, es decir, si el antiguo poseedor por su pasividad, por el no ejercicio en tiempo hábil de las acciones posesorias, hubiese consentido los actos del nuevo poseedor.

Esta estrecha armonía entre nuestra legislación patrimonial y el Código vigente en punto á aquellos modos extintivos que por su carácter complejo comprenden las cosas muebles y las raíces, y por su universalidad implican, al propio tiempo que la extinción del dominio, la de la relación posesoria en cuanto ésta se nos ofrece como una exteriorización de aquél, ó como una encarnación jurídica imperfecta del mismo, perfectible en el orden del derecho y perfecta en su apariencia real ó como hecho, demuestra la escrupulosidad con que los jurisconsultos encargados de la codificación han cumplido el mandato que por la base 1.ª se les confirió, limitándose, dentro de una sistematización impuesta por el adelanto de la ciencia jurídica y por el ejemplo suministrado por algunas legislaciones extranjeras, á regularizar, aclarar y armonizar los preceptos contenidos en las instituciones civiles de nuestro derecho histórico.

II.—*Los Códigos extranjeros y las opiniones de los autores.*

No todos los legisladores extranjeros han desarrollado convenientemente el particular relativo á la pérdida de la posesión. Los Códigos francés é italiano demuestran este aserto. El Código lusitano, ciñéndose á un orden expositivo más conforme con las exigencias científicas, menciona en el art. 482 cuatro modos extintivos de la relación posesoria, es á saber: 1.º El abandono. 2.º La cesión á título oneroso ó gratuíto. 3.º La destrucción ó pérdida de la cosa ó el hecho de quedar ésta fuera del comercio. Y 4.º La posesión de otro, aunque sea contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año, entendiéndose que éste deberá contarse desde el hecho de haber tomado públicamente la nueva posesión, ó si se hubiere rado clandestinamente, desde que el hecho conste al exproido.

La simple comparación entre el artículo que acabamos de nscribir y el 460 de nuestro Código, demuestra, á más de la uni-

versalidad de los modos extintivos mencionados, la íntima analogía que existe en punto á este particular entre ambos Derechos, hasta el punto de poderse asegurar que la pauta de que se ha valido el legislador español para redactar el art. 460 ha sido el 482 del Código de Portugal.

Sigue distinto rumbo el Código austriaco, por cuanto, procediendo por distinción, establece, respecto de las cosas muebles, que la posesión se pierde por extravío de aquéllas, sin esperanza de poderlas recuperar; por el abandono voluntario ó por el hecho de pasar la cosa á poder de otro.

Si se trata de cosas inmuebles ó derechos reales, inscritos en los Registros públicos, la posesión se considera extinguida cuando las inscripciones hayan sido canceladas ó cuando se haya verificado una inscripción á nombre de otro.

Finalmente, si la posesión se refiere á otros derechos, cesará cuando la parte contraria declare no querer continuar prestando lo que antes prestaba, no tolere el ejercicio del derecho por otro, ó no haga caso de la prohibición de hacer alguna cosa, siempre que el poseedor se aquiete y no promueva acción alguna para conservar su posesión; pero teniendo en cuenta que el derecho sólo se pierde por el no uso en los casos de prescripción.

Pasando ahora á la mención de las legislaciones civiles americanas, obsérvase que el Código mejicano, en sus artículos 952 y 953, estatuye exactamente los mismos modos extintivos posesorios que el Código de Portugal y nuestro Código, es á saber: el abandono de la cosa poseída; su cesión á título oneroso ó gratuíto; la destrucción ó pérdida total; el hecho de quedar fuera del comercio y la posesión por otra persona por más de un año.

El Código guatemalteco, con severo laconismo, reduce á dos las causas por las cuales la posesión se pierde: 1.ª La destrucción total de la cosa. 2.ª El desamparo ó abandono por más de un año. Citamos, finalmente, el Código de la República chilena, según el cual, para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes ó por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho á otro, ó por decreto judicial. Ya hicimos notar en otro lugar de estos comentarios, el culto que el Código chileno rinde al p cipio de la inscripción, hasta el extremo de consignar, en el tículo 729, que si alguno, considerándose dueño, se apodera

lenta ó clandestinamente de un inmueble, cuyo título no esté inscrito, el que tenía la posesión la pierde. No es, por tanto, de extrañar que la única regla que con carácter de generalidad proclama el Código chileno, sea la consignada en el art. 726 con estas palabras: «Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya, menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.»

Expuesta la doctrina de los principales Códigos en lo referente á la pérdida de la relación posesoria, examinemos ahora sumariamente las opiniones de los jurisconsultos Savigny y Ihering, tanto por la importancia que revisten, cuanto porque, como ya hemos expresado en otro lugar, sus teorías constituyen los dos polos de la literatura jurídica posesoria.

Para Savigny, la pérdida de la posesión depende de su continuidad; así es que, cuando por la interrupción de esta última cesa la posibilidad de ejercitar nuestro poder físico sobre la cosa poseída, la posesión se extingue.

No formando la posesión, dice, más que un poder físico puesto en relación con nuestra conciencia, dos cosas son necesarias para su adquisición: una relación corporal y el *animus*. Estos mismos elementos deben encontrarse unidos también en la continuación. Ahora bien; cuando esta unión se destruye, es decir, apenas el acto corporal ó el *animus*, ó uno y otro cesan, piérdese la posesión. De este sencillo razonamiento, ajustado á la más estricta lógica y cimentado sobre la base cardinal de su teoría posesoria, deduce Savigny las siguientes proposiciones: 1.° La continuación de la posesión exige la existencia de una relación corporal y del *animus*. 2.° La cesación de la una y del otro ó de ambos lleva consigo la pérdida de la posesión. 3.° Esta regla es una consecuencia inmediata del principio que rige en punto á la adquisición posesoria.

Desarrollando las anteriores proposiciones, manifiesta Savigny que la relación corporal con la cosa poseída no es necesario que sea inmediata, actual como se requiere con respecto á la adquisición posesoria, sino que es suficiente que dicha relación poder sea de tal naturaleza que pueda reproducirse conforme oluntad. Así, pues, la posesión se pierde cuando la influencia nuestra voluntad para reproducir la relación corporal se ha ho enteramente imposible, y por la misma razón conserva-

mos la posesión de un fundo en tanto subsista la posibilidad del ejercio voluntario de nuestra influencia.

Con respecto á la condición segunda que se requiere para la continuación de la posesión, *animus*, expone Savigny que es suficiente se mantenga de un modo constante la posibilidad de reproducir la voluntad primera, la intención originaria.

La posesión, pues, no se pierde porque el poseedor deje de pensar un espacio de tiempo en la cosa poseída; es preciso para que la posesión se pierda por solo el *animus* que el poseedor quiera renunciar á su posesión; porque en este momento la dirección opuesta dada á la voluntad originaria, trae consigo la imposibilidad absoluta de reproducirla.

Prescindimos de expresar aquí las consecuencias que Savigny deduce de sus proposiciones fundamentales, así como de transcribir los textos romanos con que trata de corroborar su tesis posesoria. Si tal hiciéramos, en lugar de exponer las líneas principales de su teoría, nos veríamos obligados á reproducir el tratado de la posesión en su integridad.

Si acerba fué la crítica que le mereció á Ihering la doctrina savigniana referente á la adquisición posesoria, no es menos rigorosa la que le sugiere la relativa á la pérdida de la posesión.

Fijándose Ihering en que lo que prolonga la duración de la posesión, á tenor de la doctrina de Savigny, es la supuesta ley de la *vis inertiae*, según la cual una posesión continúa hasta que se produce en el estado de la cosa un cambio que convierta en imposibilidad la posibilidad de reproducir á voluntad la relación originaria, reconoce la comodidad de la teoría, pero le niega valor práctico y científico.

Para Ihering, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento físico, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento moral ó jurídico.

Si la posesión es la exterioridad de la propiedad, debemos declararla, dice Ihering, perdida, cuando la cosa ha llegado á encontrarse en una posición en desacuerdo con la manera y forma regulares, bajo las cuales el propietario tiene costumbre de servirse de ella. El interés atestiguado en el hecho por la manera servirse de la cosa, de cuidarse de ella, de protegerla y asegurarla, es el indicio del verdadero propietario. Quien quiera, siguiendo el eminente romanista, que no muestre este interés y

desligue de algún modo de la cosa, pierde la posesión, porque aunque sea y siga siendo propietario, no es activo y visible como tal; y la posesión consiste precisamente en esto; la parte visible de la propiedad, la diligencia del propietario es una condición indispensable de la posesión.

En las palabras que dejamos copiadas se condensa la aplicación fundamental de la teoría de Ihering á la pérdida de la posesión.

III.—*Modos extintivos posesorios establecidos por el Código civil patrio:*

1.° *El abandono de la cosa.*

2.° *La cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito.*

La posesión se pierde por el abandono de la cosa poseída. Mas este abandono puede ser puro ó simple, ó consistir, como expresa Marcadé, en una traslación de la posesión por virtud de un título. Tanto en uno como en otro caso, la voluntad del poseedor es la determinante de la causa extintiva, porque se destruye el nexo por cuya virtud la cosa hallábase sometida al poder del sujeto. *A*, v. gr., arroja una cosa cualquiera en medio del campo; consiente que sus maderas las arrastre el río y no ejecuta acto alguno para retenerlas; abandona una tierra yerma; deja una casa abierta de par en par con ánimo de que la ocupe el primero que así lo desee. Casos son todos ellos en los cuales la posesión se pierde *animo vel corpore*, pero el abandono de la cosa puede tener lugar mediante la intención *animo solo*, porque, como dice la ley 3.ª, § 6.°, tít. II, lib. XLI del Digesto, *In amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem.*

El primero de los modos extintivos que menciona nuestro Código tiene por carácter diferencial el de ser eminentemente voluntario.

El poseedor ha de determinarse libremente al abandono de la cosa, de tal suerte que si fuere impelido por los actos de un extraño, ó si, temeroso, no quisiere entrar en su fundo, no por ello se entiende que ha perdido la posesión, si procura invalidar tales a os acogiéndose al amparo de las acciones posesorias y pi- c do en tiempo la protección que la ley concede al poseedor. Esta misma doctrina la encontramos ya defendida en el De- r o romano, porque en la ley 17, tít. II, libro XLI del Digesto

se dice: *Si quis vi de possessione deiectus sit, perinde haberi debet, ac si possidere quum interdito de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.* Dada la sistematización y el encadenamiento de los principios en el Derecho moderno, no debe extrañarnos que el Código patrio haya prescindido de aquella variedad de casos que las leyes de Partida mencionaron como de pérdida natural de la posesión. Es evidente que el poseedor que es arrojado de una heredad no puede actuar sobre su fundo. La relación del sujeto con la cosa poseída se quebranta, pero la voluntad del despojado, su afecto, su intención de poseer puede subsistir, y por esto el Código patrio no reputa perdida la posesión si ejercita el poseedor la acción posesoria oportuna dentro del año y día, pasado el cual la presunción del abandono de la posesión se impone con fuerza avasalladora.

De aquí se deduce que la nota de eminentemente voluntario que hemos asignado al modo primero de los establecidos en el artículo 460, es exacta. Qué más: el cuarto de los modos consagrados por dicho artículo no es, después de todo, sino una *presumptio* de abandono, derivada tácitamente de la omisión del poseedor al no ejercitar las acciones posesorias. Con razón dice Mülhenbruch que la posesión se pierde *animo-sólo* cuando el poseedor manifiesta la intención de abandonar la cosa, ya expresa, ya tácitamente.

Pero antes hemos dicho que además del abandono puro y simple, existe otra especie de abandono que se manifiesta jurídicamente por la traslación de la cosa poseída de nuestro poder al de otra persona en virtud de un título.

A esta segunda especie del abandono refiérese el Código patrio al establecer como causa segunda de pérdida de la posesión la cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito.

Et si alii tradiderim, amitto possessionem; nam constat, possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus. Es decir: si entregase á otro la posesión, la pierdo; porque es constante que poseemos, mientras no nos apartamos por nuestra voluntad. Tal es el principio consignado en la ley 3.ª, § 9.º, tít. II, libro XLI del Dig., cuyo principio, despojado del tono un tanto material que le comunica el uso de la palabra *tradiderim*, es el mismo que ar el segundo de los modos extintivos posesorios del que rá mente nos vamos á ocupar.

La cesión como manifestación específica de una relación de derecho no existe en nuestro Código. Solamente menciona éste el concepto cesión con carácter específico al exponer la doctrina relativa á la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, y aun entonces cesión vale tanto como compraventa.

El art. 460 menciona, por tanto, la cesión como una expresión formal y genérica de aquellos actos eminentemente voluntarios por cuya virtud una cosa corporal ó incorporal, ó para emplear la terminología del Código civil, una cosa ó un derecho se trasmite de una persona á otra por virtud de un título legal, sea éste gratuito ú oneroso. Así, pues, si *A* cede á *B* una cosa por título de compraventa, *A* pierde la posesión. Si *A* dona á *B* un fundo, y *B* acepta la donación, *A* pierde la posesión del fundo.

Despréndese de lo dicho, que el segundo de los modos establecidos por el artículo 460, no sólo tiene de común con el que le antecede el carácter de ser eminentemente voluntario, sino que además se singulariza por una nota que le distingue, es á saber: la de ser eminentemente jurídico. La cesión arguye un título transmisivo del dominio y consiguientemente supone en el que cede plena capacidad civil. Esto nos conduce á sentar la regla de que los menores de edad y los incapacitados no pueden perder la posesión por la cesión que por sí mismos verifiquen. Ulpiano, en la ley 29, tít. II, libro XLI del Digesto, admite que el pupilo pueda perder la posesión sin la autoridad del tutor, dejando de poseer corporalmente, pero añade: *Alia causa est, si forte animo possessionem velit amitere; hoc enimnon potest.* Esto es: Lo contrario se dirá si quiere perder la posesión por la voluntad solo, porque no lo puede hacer.

Con respecto á la extensión de este segundo modo de perder la posesión, compréndese desde luego que se refiere, así á las cosas corporales, como á los derechos. Si *A*, en posesión, por ejemplo, de un derecho real de usufructo, lo enajena mediante precio, ó lo cede á título gratuito, en uso de la facultad que le otorga el artículo 480, *A* perderá la posesión de su derecho real usufructuario.

3.° *a) La destrucción total de la cosa. b) El hecho de quedar ésta*
) i del comercio.

i toda posesión, como dice Molitor, consiste en la relación
(i persona y de la cosa, mediante cuya relación ésta queda
f etida al poder de la voluntad, síguese que cuando la cosa se

destruye ó se pierde en su totalidad, indefectiblemente se pierde la posesión.

El poder de la voluntad en este caso cesa, no por una causa dependiente del sujeto, como sucede respecto del abandono y de la cesión, sino por un motivo que, recayendo sobre la cosa, sobre el *corpus*, lo destruye, y consiguientemente, lo sustrae de la acción de la voluntad del poseedor.

Esta destrucción ó pérdida puede ser voluntaria y dependiente del mismo sujeto que posee, como si *A*, v. gr., arrojase al mar la joya de su propiedad, ó demoliese el edificio que ocupaba. Entonces, la destrucción ó la pérdida se asimila al caso del abandono; la pérdida ó destrucción de la cosa objeto de la posesión, puede provenir de la acción de los elementos naturales, v. gr., de un aluvión, de un terremoto.

Cuando concurran tales circunstancias, la desaparición total, al imposibilitar la relación del sujeto con la cosa, produce ineludiblemente la pérdida de la posesión.

También se pierde la posesión por el hecho de quedar la cosa poseída fuera del comercio. Ya en el art. 437 se expresa que sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.

Comentando dicho artículo, hubimos de manifestar que la posesión había de recaer forzosamente sobre aquellas cosas que pudiesen ser contenido de una relación de propiedad privada. Si, pues, la cosa se hace inhábil para ser apropiada, es llano que la inhabilidad para la apropiación privada ha de alcanzar á la posesión, convirtiéndose en causa de pérdida de la misma.

El derecho moderno dentro de su esfera puramente preceptiva se constriñe á la expresión del caso típico, de la regla general, pero el Derecho romano y la legislación alfonsina, más casuístas, nos han dejado varios casos demostrativos.

Possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus, quem possidebamus. El mismo caso nos ofrece la ley de Partidas.

Viniendo á nuestro derecho, sabemos que son del dominio público los caminos, canales, ríos, torrentes, puentes, etc. S[i] río próximo á nuestro fundo muda de cauce y ocupa el ter[reno] que nos pertenece, habremos perdido la posesión. El nuevo c[auce] queda fuera del comercio, toda vez que entra en el domin[io]

blico, y el concepto comercio, empleado por el art. 460, supone dominio privado y consiguientemente libertad de transmisión.

4.° *La posesión de otro aun contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiese durado más de un año.*

Por los *Precedentes legales* que dejamos transcritos en su oportuno lugar, podrán apreciar nuestros lectores la influencia que la tenencia por año y día ha ejercido en nuestra legislación. Desde el Fuero Viejo hasta la Novísima Recopilación, pasando por opúsculos legales de tan poca transcendencia como, v. gr., las leyes del Estilo, encontramos concedida la protección al que tuviere ó poseyere la casa ó la viña año y día en faz y en paz del que se la demanda.

Buscando una explicación razonable al hecho unánime de haber los legisladores de los tiempos medios, señalado el término de año y día para ganar posesión, y con la posesión el derecho á ser protegido, es nuestro parecer que los juristas de aquellas épocas se inspiraron en las enseñanzas de la legislación romana. Según Sumner Maine, era una regla positiva del Derecho anterior á las XII Tablas, que las cosas poseídas durante cierto tiempo sin interrupción, se hacían propiedad del poseedor.

El plazo era sumamente breve. Aun bajo el régimen legal de las XII Tablas, el transcurso de un año para las cosas muebles y de dos para las inmuebles, confería al que las estaba poseyendo el dominio quiritario.

La misma Instituta justiniánea nos dice: *Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si inmobilis biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent...* Cierto es que Justiniano, reputando mejor no despojar tan prontamente á los hombres de sus propiedades, ni limitar dicho beneficio á un determinado territorio, promulgó una Constitución en cuya virtud las cosas muebles se adquirían por el uso de tres años, y las inmuebles por la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, no sólo en Italia, sino en todo territ sometido á su Imperio.

erfectamente delineada en los tiempos medios la noción de la nencia, como lo demuestra la ley del Estilo, que transcribim en los *Precedentes*, nada tiene de extraño que tratando de

fijar los derechos del tenedor de las cosas con el objeto de que no permanecieran constantemente en la incertidumbre, aceptasen los legisladores el término romano del año, no para ganar la propiedad, que quedaba á salvo, sino para libertar al tenedor de responder por la tenencia en juicio cuando en faz y en paz del demandador, entrando y saliendo de la villa, la había aquel poseído por más de año y día. Y es el caso que este término del año y día lo vemos establecido en las legislaciones modernas, como lo demuestran Francia en su ley procesal, Portugal en su Código civil, Méjico y Guatemala en los suyos respectivamente.

El art. 460 que estamos comentando, transcribiendo literalmente el 482 del Código lusitano, estatuye que la posesión por más de un año aun contra la voluntad del antiguo poseedor es un modo extintivo posesorio.

Tanto por la forma en que el artículo se expresa, cuanto por su relación con las otras tres causas de extinción que le preceden, dedúcese que la posesión á que el Código alude no es la obtenida mediante un título traslativo del dominio, porque de ser así, este cuarto caso refluiría en el segundo, sino á la tenencia de la cosa, lograda por el solo imperio de la voluntad y aun violentando la voluntad del legítimo poseedor.

El Código ha tratado de legalizar la mera posesión, la que no se apoya en un justo título, la que no trae su origen de una causa legal, desvaneciendo la incertidumbre del estado posesorio, protegiendo al nuevo poseedor con la concesión de las acciones posesorias y considerándole como dueño, mientras el propietario no demuestre su dominio. A estos efectos ha reputado suficientemente amplio el témino de un año, y ha castigado al propietario ó al poseedor descuidado con la pérdida por prescripción de la acción para retener ó recobrar la posesión (art. 1.968). De suerte que, bien mirado, si por el transcurso de más de un año la posesión *in actu* radica en el nuevo poseedor y como tal debe ser amparado por las acciones posesorias, la posesión *in potentia* subsiste en el propietario, pero es indispensable que pruebe su dominio para que la *possessio* yacente se trueque en latente. Con esto no es de extrañar que la tenencia por más de un año *contra la voluntad* del antiguo poseedor se haya erigido por la ley en causa de pérdida de la posesión, porque el origen vicioso se convalida en cierto modo con la pasividad del propietario (

antiguo poseedor que, con conocimiento de los actos de usurpación, permanece indiferente, renunciando á la protección posesoria consagrada por la ley.

El Código de Portugal tiene un aditamento al art. 482, en el cual con suma previsión se hace constar que el año deberá contarse desde el hecho de haberse tomado públicamente la nueva posesión, ó si se hubiere tomado clandestinamente, desde que el hecho conste al expropiado.

Acaso nuestro Código no haya creído necesaria tal aclaración, teniendo en cuenta que en el art. 444 se establece que los actos ejecutados con clandestinidad no afectan á la posesión.

Los tratadistas han consignado en sus libros algunas otras causas de pérdida de la posesión. Viso, por ejemplo, menciona la sentencia restitutoria dictada en juicio petitorio. Sánchez Román indica la expropiación forzosa.

Modos extintivos son en efecto, pero tal vez el Código no haya querido introducirlos para no alterar con estos casos singulares el carácter universal de los estatuídos por el art. 460.

ART. 461. La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero.

Concordancias.—Análogo al art. 466 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXX, ley 17.*—...Empero si algund ome perdiesse la cosa mueble de que el fuesse tenedor, o que la ouiesse en su guarda, con todo esso, siempre se entendería que es tenedor della en quanto la andouiere buscando...

COMENTARIO.—No conocemos precedente categórico alguno artículo en la legislación que antecedió al Código civil, y es sario remontarse hasta el derecho de Roma para encontrar,

no un texto que pueda reputarse como la ascendencia legítima y directa del precepto que vamos á comentar, sino los elementos que, fusionados en nuestros días, merced al impulso vigoroso de la tendencia codificadora, han generado una regla jurídica que se repite en la mayoría de los Códigos extranjeros.

Si id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere (1). Esto es, si lo que poseemos lo perdiésemos de modo que ignoremos donde está, dejamos de poseerlo. He aquí el principio absoluto de la legislación romana. El Derecho moderno, templando este rigor, ha partido de una ignorancia accidental; además, ha supuesto que la cosa mueble no haya salido de nuestra potestad, y sentadas estas premisas, la deducción no ha podido ser otra sino la consignada en el art. 461. En la ley del Digesto que hemos transcrito se presupone una ignorancia absoluta. El texto de las leyes modernas parte de la hipótesis de una ignorancia accidental. Esto de por sí sólo implica una atenuación de las consecuencias. Y justifica por completo el principio que estudiamos, la segunda hipótesis que se plantea; es á saber, la de que la cosa mueble no haya salido de nuestro poder. Recuérdese la ley 15, tít. II, libro 41 del Digesto. En dicha ley se sienta con respecto á la cosa hurtada la misma regla que la ley 25 del mismo título y libro estatuye para la cosa perdida; pero á continuación se añade. *Sed si is, qui in potestate nostra est, surripuerit, quamdiu apud ipsum, sit res, tandiu non amittimus possessionem.* Suponíase que aun cuando por el hurto se desconociese el paradero de la cosa, como quiera que no había salido del poder del propietario por cuanto el hurtador se hallaba bajo su potestad, la posesión no se perdía.

Prescindiendo de la diversidad de los hechos, observarán nuestros lectores que es una y la misma la idea en que se inspiró la ley citada del Digesto y la que como núcleo se encierra en el artículo objeto de nuestro estudio. Por esto hemos manifestado antes que si en las leyes de Roma no se encuentra un texto expreso del cual descienda por línea recta, existían ya dispersos los elementos que aunados mediante una fusión armónica han producido el precepto que nos ocupa.

---

(1) Ley 25, tít. II, libro 41, Dig.

El legislador español no se ha tomado ni siquiera la molestia de redactar el artículo; diputando por bueno el art. 727 del Código civil chileno, se ha reducido á transcribirlo en su literalidad.

El Código del Uruguay en el art. 618 traslada también fielmente las palabras del Código de Chile.

En el mismo pensamiento se ha inspirado el legislador guatemalteco al redactar el art. 538. Y aun cuando no hay divergencias sensibles en punto á lo substancial del principio, vamos á copiar el artículo concordante del Código de la República Argentina, siquiera por lo que pueda contribuir al mayor esclarecimiento. Dice así: «La posesión se pierde por la pérdida de la cosa sin esperanza probable de encontrarla. Sin embargo, no se pierde mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en que el poseedor la guardó, aunque él no recuerde dónde la puso, sea esta heredad propia ó heredad ajena.» Los Códigos europeos no reflejan la doctrina con tanta claridad como los americanos y en ninguno de los que hemos consultado existe un precepto expreso que la consagre.

Retraigámonos ya al campo peculiar del Derecho positivo.

A tenor del art. 461, la posesión de una cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero. No se trata, por tanto, de un caso de excepción, sino de un verdadero complemento del art. 460, según más adelante demostraremos.

La justificación del artículo desde el punto de vista doctrinal no puede ser más sencilla. Si el poseedor no ha perdido su poder sobre la cosa, si su ignorancia acerca del paradero no es absoluta y permanente, sino accidental, si la voluntad subsiste con toda su integridad, manifestándose en el sentido de poseer, ¿puede considerarse destruido alguno de los dos elementos que por su coexistencia armónica determinan la relación posesoria? En manera alguna. Así, pues, el tema obligado, la verdadera piedra angular, sobre la que ha de descansar el presente comentario, es el concepto establecido por el legislador.

Porque, después de todo, la ignorancia accidental del paradero de la cosa mueble, objeto de la posesión, no constituye un ...iento substancial del artículo. Descompongamos éste, y obtendremos las siguientes reglas:

La posesión de una cosa mueble no se entiende perdida ...tras se halle bajo nuestro poder.

2.ª La posesión de una cosa mueble se pierde desde el momento que sale de nuestro poder.

3.ª La ignorancia accidental del paradero de la cosa mueble no implica la pérdida de su posesión, si aquélla se halla bajo el poder del poseedor.

¿Cuál es la base fundamental de estas tres reglas, verdaderos elementos integrales del art. 461 que estamos comentando? El concepto poder. Estudiémosle sucintamente. La palabra poder procede del infinitivo latino *potere*, y se manifiesta en la oración ó bien como verbo, ó como sustantivo. Como nombre, dice el Diccionario de la Academia Española, es la forma sustantiva del verbo poder, y significa dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar ó ejecutar una cosa: posesión actual ó tenencia de una cosa. ¿En cuál de estas dos acepciones aparece empleada la palabra poder? Obsérvese, ante todo, que el Código no dice *en el poder*, sino *bajo el poder*. El primer giro gramatical indicaría desde luego la segunda de las acepciones expuestas. Mas la anteposición de las palabras *bajo el*, revela, en nuestro sentir, con extraordinaria claridad, que el legislador, desechando el concepto genuinamente físico y material, acepta otro concepto más amplio, más espiritualizado, más en armonía con las doctrinas desenvueltas en el art. 438 sobre los modos adquisitivos posesorios, en íntima relación con la continuación en la posesión; en una palabra, aquel concepto que denota imperio, facultad.

Opinamos, de acuerdo con un distinguido escritor, que el concepto en que ha sido usada la palabra poder por el legislador patrio se condensa en la siguiente proposición: *posibilidad jurídica de ejercer sobre la cosa cualquier acto de los que le estén atribuidos al poseedor como tal*. Si adoptamos con respecto á la palabra poder una acepción restringida á la tenencia material de la cosa mueble, ¿tendría explicación posible el art. 461? Si ignoramos, aunque sea accidentalmente, el paradero de una cosa mueble, ¿cómo podremos ejercitar nuestro poder sobre la cosa? La imposibilidad física de que el acto determinado por un impulso voluntario, responda en la realidad á la intención del suje is manifiesta. Y, sin embargo, si sobre la cosa mueble conserv: is nuestra potestad, siquiera no pueda traducirse inmediatam :e por aprehensión de esa misma cosa, no por eso hemos de r[illegible] ar

que hemos perdido su posesión. Si *A.*, por ejemplo, pierde un objeto mueble cualquiera, una joya en un paseo público, ¿habrá perdido la posesión de esa joya? En nuestro sentir, sí, sin que obste la obligación en que está el que la encuentre de restituirla á su dueño ó de consignarla, si éste no le es conocido, en poder de autoridad legítima. Pero si *A*, paseando por un parque de su propiedad, extravía esa misma joya ó la coloca en un lugar que luego olvida, ¿perderá por eso la posesión aunque accidentalmente ignore su paradero? Opinamos negativamente. En el primero de los ejemplos presentados, la cosa mueble salió del poder del poseedor; adquirió, como en otro lugar de estos mismos comentarios hemos expuesto, la categoría de cosa *semi nullius*. A la inversa: en el segundo de los ejemplos enunciados, la joya, si bien por el hecho del extravío salió de la tenencia material del poseedor, quedó en su patrimonio, no salió, en una palabra, de su poder jurídico.

Creemos que los casos prácticos que anteceden ponen de realce la significación del artículo, y al mismo tiempo sirven como de nexo para tratar el punto concerniente á la ignorancia accidental del paradero de la cosa mueble.

La ignorancia accidental del paradero es un elemento negativo que supone necesariamente la existencia de otro positivo. Del enlace y armonía de ambos se desprende, en nuestro sentir, la recta inteligencia del adverbio *accidentalmente*, que es, como dice un inteligente escritor y catedrático, la palabra que en el artículo se nos ofrece más rebelde para fijar con exactitud su sentido.

Si analizamos la accidentalidad de la ignorancia aisladamente, continuaremos en las mismas dudas, pero si la relacionamos con el concepto de poder, hallaremos la solución.

El poseedor debe tener conciencia de que la cosa objeto de la posesión no ha salido de su poder, ó lo que es igual, que su facultad sobre aquélla no se ha extinguido, aun cuando no disfrute de la tenencia material. Y teniendo conciencia el poseedor de su derecho sobre la cosa poseída, la posesión no sufre el menor quebranto porque el poseedor ignore en un determinado momento el lugar en que se encuentre la cosa.

Algunos tratadistas han considerado poco discreto el empleo del verbo ignorar, apoyando sus argumentos en que la ignorancia es un estado intelectual que presupone desconocimiento abso-

luto. Parécenos sutil la objeción, pero de puro sutil se quiebra, porque para desvanecer dudas se ha valido el Código del adverbio accidentalmente patentizando que no se trata de una ignorancia absoluta de la cosa, porque entonces hubiera sido imposible adquirir la posesión, sino de una ignorancia de momento, de un no conocimiento actual, que podrá ciertamente persistir más ó menos tiempo, pero que no puede trocarse en causa de pérdida mientras el poseedor tenga el convencimiento, la certeza de que conserva sobre la cosa los derechos que como tal poseedor le atribuye la ley.

ART. 462. La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Concordancias.—Análogo al art. 467 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véase el comentario.*

COMENTARIO.—*I. Consideraciones de índole general.*—El art. 462, no es sino la consagración solemne en el Código civil del principio proclamado en la ley Hipotecaria respecto de los derechos de tercero. Como dice con mucha exactitud el Sr. Sánchez Román, la doctrina que en él se contiene equivale á la de que la posesión necesaria para prescribir los bienes inmuebles y derechos reales en ellos constituídos, exige el requisito de la inscripción en el Registro si ha de perjudicar á tercero.

Habida consideración á que la teoría jurídica desenvuelta en el Código cuenta en su abono con una ascendencia legal indiscutible y á que sería trabajo estéril todo el que pudiéramos realizar sobre un tema estudiado por tantos tratadistas, vamos á limitarnos á exponer algunas consideraciones muy breves, limitando á continuación aquellos preceptos de la ley Hipotecaria que guarden relación ó mantengan afinidad con el art. 46 y

aquellas resoluciones de la Dirección de los Registros y sentencias del Tribunal Supremo que los esclarezcan.

La exposición de motivos que antecede á la ley Hipotecaria es semillero fecundo de fundamentos jurídicos en pro de esa protección otorgada á los terceros, que trasciende en las relaciones civiles, condicionando el Derecho sustantivo hasta el extremo de excepcionar, en aras de la inscripción, las causas por las cuales puede perder su posesión el poseedor.

«Nuestras leyes, expone el aludido proemio á la ley Hipotecaria, siguiendo á las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, ó lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende á dos la misma cosa, no es su dueño el primero que la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, á pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles á escritura pública para que el dominio ó derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés.

»Separándose éste del derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero más expuesto también á graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera tanto respecto á los contrayentes como á un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde á la Comisión apreciar este principio cuando se limita á los mismos contrayen-
no toca á la ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista
proyecto, entrar en su examen; lo que de lleno cae bajo su
inio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que
an sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con

la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar á que los acreedores sean defraudados y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.

»Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituídos ó traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso: si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesion, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.

Fácilmente se observa que el fundamento jurídico en que se ha inspirado el legislador español para extender al tercero la ineficacia de la posesión no inscrita de los bienes inmuebles y derechos reales en cuanto su continuidad pueda determinar la prescripción, es el mismo en que á su vez se inspiraron los sabios autores de nuestra legislación hipotecaria, á saber: la necesidad de evitar que sea perjudicado por un acto modificativo del estado de la propiedad inmueble, aquel que no ha intervenido en él, y que por dicha circunstancia debe suponerse en puridad de lógica que no tiene conocimiento del mismo.

La inscripción de la posesión no es indispensable para que la prescripción pueda realizarse en perjuicio del dueño, si éste ha dejado transcurrir aquel tiempo que la ley estima necesario para generar la presunción absoluta de abandono del dominio ó del derecho real, pero no sería ajustado al derecho y mucho menos á la equidad, que al tercero, ajeno á estas relaciones de propietario y poseedor respecto de la cosa inmueble, le parara perjuicio la omisión del poseedor al no inscribir su posesión en el Registro

Hase dicho con mucho fundamento que la ley hipotecaria es una ley de terceros. Ponderando la trascendencia innegable d protección otorgada á los terceros, el Ministro que presentó proyecto de ley hipotecaria manifestó que si esta última se r lizaba, podía condensarse en el art. 23, porque él solo consti la ley.

Debido á esto mismo, no es posible desconocer la dualidad de principios que rigen los actos relativos á la propiedad inmueble y derechos reales sobre ella. Los contratantes y los que directamente intervengan en cualquier acto jurídico que afecte á la propiedad, se regirán por el Derecho civil común. Los que no hayan intervenido en dichos actos (terceros) tendrán á su favor la disposición de la legislación hipotecaria.

La precedente observación puede descomponerse en las dos siguientes reglas:

Primera. Los actos ó contratos que se celebren relativos á bienes inmuebles no necesitan ser inscritos en el Registro para que surtan sus efectos entre las partes que los ejecuten, y en su consecuencia, la posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales se entenderá perdida y transmitida para los efectos jurídicos respectivos del propietario y poseedor con sujeción á lo dispuesto por el Código civil.

Segunda. Pero el que haya sido extraño á dichos actos ó contratos no podrá ser perjudicado por causas desconocidas, reputándose por tales todas aquellas que no consten inscritas. O dicho en otros términos. La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida en perjuicio de tercero, sino con sujeción á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

El poseedor que venga disfrutando una heredad en las condiciones que el Código considera indispensables para usucapir, llegará á adquirir el dominio de la misma por usucapión, cuando haya transcurrido el tiempo que, como antes hemos dicho, genera el dominio por la presunción absoluta del abandono del propietario. Mas para todo otro sujeto de derecho no llegará á ser propietario, si no se cuidó de inscribir su posesión en el Registro. Es decir, que por ostensible y manifiesto que sea el hecho de la posesión, no se le reputa tal á los efectos de la prescripción, y en perjuicio de tercero, mientras no aparezca inscrita.

Terminaremos estas breves consideraciones con las siguientes palabras de D. Joaquín Moscoso en su tratado de *Legislación hipotecaria*.

«Los efectos de la inscripción se explican por los principios fundamentales de ésta, pues no son más que aplicaciones prácticas de los mismos, los cuales se reducen á los dos siguientes re-

cíprocos, de los que las disposiciones de la ley sobre los primeros no son más que corolario y secuela:

1.° La inscripción es solamente necesaria con respecto á tercero.

2.° El tercero, por lo tanto, no puede ser perjudicado más que en virtud de títulos inscritos ó de causas que resulten claramente del mismo Registro.»

Los legisladores extranjeros no han prescindido de reflejar en sus respectivos Códigos la influencia extraordinaria que la inscripción ejerce en el Derecho moderno. Bien puede asegurarse que el principio de la publicidad, infiltrándose en los Códigos, ha determinado una alteración en las doctrinas de la prescripción, no ya en punto á los terceros, sino con respecto al poseedor y al propietario.

El Código de Portugal exige que la posesión al efecto de prescribir debe ser, entre otros requisitos integrales, *pública*, y en el artículo 523 define la posesión pública diciendo que es la que ha sido debidamente registrada ó ejercida de modo que los interesados pudieran conocerla.

El art. 539 del Código de Guatemala dispone que para que cese la posesión registrada de una cosa inmueble, es necesario que el registro se cancele, sea por voluntad de las partes, sea por un nuevo registro en que el anterior poseedor transfiera á otro su derecho, sea por decreto judicial. Mientras subsiste el registro, el que se apodera de la cosa á que se refiere el título registrado no adquiere posesión de ella, ni pone fin á la posesión existente.

II.—*Derecho positivo.—Código civil.*

Art. 1.949. Contra un título inscrito en el Registro de la propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio ó derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar á correr el tiempo desde la inscripción del segundo.

Ley Hipotecaria.

Art. 23. Los títulos mencionados en los artículos 2.° y 5.° que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar á tercero (1).

---

(1) Art. 2.° En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará á tercero si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma.

Exceptúanse los casos de herencia testada ó intestada, mejoras y legado, cuando recaiga en herederos necesarios.

Art. 25. Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de la inscripción.

Art. 27. Para los efectos de esta ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito.

Art. 28. Se considera como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta debe producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma.

Art. 35. La prescripción que no requiera justo título, no

Primero. Los títulos traslativos de dominio de los de inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

Tercero. Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligación de trasmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados.

Cuarto. Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción á cualesquiera otras por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes.

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban.

Sexto. Los títulos de adquisición de bienes inmuebles y derechos reales que poseen ó administran el Estado ó las Corporaciones eclesiásticas con sujeción á lo establecido en las leyes ó Reglamentos.

rt. 5.° También se inscribirán en el Registro los documentos alos expresados en el art. 2.° otorgados en país extranjero, que an fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de ase indicada en el núm. 4.° del mismo artículo, pronunciados los Tribunales extranjeros á que debe darse cumplimiento en ino, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.

perjudicará á tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla.

Tampoco perjudicará á tercero la que requiera justo título, si éste no se halla inscrito en el Registro.

El término de la prescripción principiará á correr, en uno y en otro caso, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo á la legislación común.

Art. 77. Las inscripciones no se extinguen en cuanto á tercero sino por su cancelación ó por la inscripción de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona.

Art. 97. La cancelación de las inscripciones ó anotaciones preventivas sólo extingue en cuanto á tercero los derechos inscritos á que afecte, si el título en virtud del cual se ha verificado no es falso ó nulo, ó se ha hecho á los que puedan reclamar la falsedad ó nulidad la notificación que prescribe el art. 34 sin haberse formalizado tal reclamación, y no contiene el asiento vicio exterior de nulidad de los expresados en el artículo siguiente.

Art. 403. Las inscripciones de posesión expresarán el procedimiento que se hubiere adoptado para verificarlas y surtirán todas el mismo efecto legal. El tiempo de posesión que se haga constar en dichas inscripciones como transcurrido, cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripción que no requiera justo título, á menos que aquel á quien ésta perjudique no lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo de posesión con arreglo al derecho común.

Las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha; pero solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesión.

La inscripción de posesión no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito. Entre las partes surtirá efecto la posesión desde que deba producirlo, conforme al derecho común.

Lo dispuesto en los anteriores artículos sobre las inscripciones de posesión no será aplicable al derecho hipotecario, el no podrá inscribirse sino mediante la presentación del t. escrito.

Reglamento de la ley Hipotecaria.—Art. 77. Cuando ad

un tercero el derecho anotado en términos que éste quede legalmente extinguido, deberá extenderse la inscripción á favor del adquirente, si procede en la misma forma que los demás, pero haciendo en ella expresión de la causa y de quedar cancelada la anotación.

Hecha la cancelación, se hará constar por nota al margen de la anotación cancelada.

Resoluciones de la Dirección general de los Registros.

Las inscripciones de posesión no perjudican al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, cuyo título es inscribible aunque sea de fecha anterior á la posesión, á menos que la prescripción no haya convalidado y asegurado esta última. *(Resolución de 30 de Julio de 1874.)*

Declarándose en el art. 403 de la ley Hipotecaria que las inscripciones de posesión no perjudican en ningún caso al que tenga derecho á la propiedad de inmuebles, es evidente que éste puede solicitar y obtener la inscripción de los títulos justificativos de la misma, en cualquier tiempo, á menos que la inscripción haya consolidado y asegurado el derecho inscrito, mediante el expediente de posesión con arreglo á los artículos 34 y 35 de la ley. *(Resolución de 22 de Febrero de 1878.)*

Si bien con arreglo á los artículos 399 y 403 de la ley Hipotecaria, las inscripciones de posesión se verifican siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho, surten el efecto de impedir que se inscriba el dominio á favor de persona distinta mientras no se declare que es de mejor derecho que el que tiene inscrita la posesión. *(Resolución de 12 de Septiembre de 1883.)*

Las inscripciones de posesión perjudican ó favorecen á tercero en cuanto á los efectos que atribuyan las leyes á la mera posesión, y uno de estos efectos consiste en mantener en ésta al que la tiene inscrita á su favor mientras no tenga el propietario una sentencia en que se declare su preferente derecho y se ordene su inscripción en el Registro de la propiedad.

Inscrita una finca libre de cargas á favor de un interesado,] nás que la inscripción de su causante sea de mera posesión,] s legal inscribir después una escritura que anula en parte] erechos de aquél, so pretexto de que tiene tan solo la mera] sión, pues que, según ya se ha dicho, las inscripciones de (clase son tan firmes y valederas como las demás y se hallan,

como todas, bajo la tutela de los Tribunales. *(Resolución de 4 de Abril de 1885.)*

Otro de los efectos que producen los derechos inscritos con arreglo al art. 77 de la ley, y de que deben participar los verificados con anterioridad á su promulgación en los antiguos libros, consiste en que no se extingue la inscripción respecto á tercero sino por su cancelación ó por la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona. *(Resolución de 26 de Julio de 1886.)*

Sentencias del Tribunal Supremo.

El art. 77 de la ley hipotecaria se limita á consignar la regla general de que las inscripciones no se extinguen en cuanto tercero, sino por su cancelación ó por la inscripción de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á otra persona. *(Sentencia de 7 de Febrero de 1868.)*

Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles ó derechos reales impuestos sobre los mismos que no estén inscritos en el Registro, no pueden perjudicar á tercero, si se atiende á lo dispuesto en el art. 23. *(Sentencias de 11 de Febrero de 1874 y de 25 de Enero de 1879.)*

Según la ley hipotecaria, la inscripción de la nuda posesión de una finca no perjudica en ningún caso al que tenga mejor derecho al inmueble, aunque su título no haya sido inscrito. *(Sentencia de 27 de Diciembre de 1875.)*

Aun cuando se haga la inscripción de posesión en los términos que prescribe el art. 397 de la ley hipotecaria, esta inscripción no perjudicará en ningún caso al que tuviere mejor derecho á la propiedad del inmueble, no obstante de que su título no hubiese sido inscrito, según lo dispuesto en el art. 409 de dicha ley. *(Sentencia de 11 de Marzo de 1866.)*

No puede sostenerse que la trasmisión del dominio requiere otorgamiento de instrumento público, ni que sea necesario que éste se inscriba en el registro de la propiedad, cuando no se trata de los derechos de un tercero. *(Sentencia de 30 de Mayo de 1883.)*

Sea cualquiera la acción nacida de un antiguo contrato d sión, no puede afectar á los que no intervinieron en el cont ni son sucesores universales del cedente, y compraron com bres aquellos terrenos que no resultan gravados en el Regi de la propiedad; y al no estimarlo así la Sala sentenciador

fringe los artículos 13, 23, 25, 27, 35, 281, 282 y 283 de la ley hipotecaria, y el principio legal de que las obligaciones personales no se trasmiten al menor por título singular. *(Sentencia de 9 de Enero de 1884.)*

A tenor de los artículos 2.°, 13, 23, 25 y 27 de la ley hipotecaria, los títulos en que se constituyan ó reconozcan derechos reales, han de inscribirse en el Registro de la propiedad, debiendo las servidumbres constar especialmente en las inscripciones del predio dominante y sirviente, sin cuyo requisito no perjudican á tercero; y la prescripción de tales derechos tampoco produce efecto en cuanto á tercero, según el art. 35 de la misma ley, si no están inscritos el título ó la posesión correspondiente. *(Sentencia de 23 de Diciembre de 1884.)*

Siendo uno de los principales fundamentos y objetos de la ley hipotecaria el de la publicidad de las cargas ó gravámenes que afectan á la propiedad inmueble para que nadie sea responsable de los que ignore, es indudable que con arreglo á dicha ley no puede considerarse como tercero al que, si bien no intervino en el acto ó contrato inscrito, tuvo perfecto conocimiento al adquirir la finca por él poseída de las cargas impuestas sobre ellas, doctrina que está de acuerdo con los principios de derecho, según los cuales no cabe impugnar aquello que se aceptó sin protesta ó que expresa ó tácitamente se consintió. *(Sentencia de 9 de Octubre de 1885.)*

La inscripción en el Registro de la propiedad no es título de derecho por sí, sino corroboración y garantía de los que revisten tal solemnidad, y deben, por lo tanto, apreciarse cuando se trata de tercero, por su propia naturaleza y extensión, y no por los términos más ó menos graves del Registro. Al estimar la Sala sentenciadora en favor de los demandados la prescripción mediante el justo título y la posesión de que se ha hecho mérito, no infringe el art. 35 de la ley hipoteria, en el especial concepto de no prevalecer contra tercero si no están inscritos la posesión ó el título en que se apoye, porque el legítimo dueño del inmueble no es tercero con relación á la prescripción..., etc. *(Sentencia de 17 de Enero de 1888.)*

El art. 29 de la ley Hipotecaria prescribe que surtirá efecto ntra tercero el dominio ó cualquier derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones ó anotaciones preventi-

vas, aunque no consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial; y aunque en el párrafo segundo del mismo artículo se añade que lo dispuesto en el primero se entenderá sin perjuicio de la obligación de inscribir especialmente los referidos derechos, no quita á la simple mención los efectos contra tercero, pues no lo dice, y además el artículo no tendría sentido ó sería contradictorio. *(Sentencia de 22 de Mayo de 1889.)*

Conforme á los artículos 23 y 27 de la ley Hipotecaria, los títulos no inscritos no perjudican á tercero, y tiene este concepto la parte de quien no se alega haber tenido conocimiento del acto en cuestión. *(Sentencia de 14 de Noviembre de 1891.)*

Real decreto-sentencia de 10 de Marzo de 1882.—Las disposiciones de la ley Hipotecaria, en virtud de las cuales las acciones rescisorias y resolutorias no se dan contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á la propia ley, no pueden afectar, según lo viene declarando la jurisprudencia, á las facultades que á la Administración conceden las leyes desamortizadoras para decidir, ya en la vía gubernativa, ya en la contenciosa, tódas las cuestiones de incidentes de ventas de bienes nacionales, por la razón de que si una de éstas es nula de derecho, la mera inscripción no la convalida según lo reconoce la misma ley Hipotecaria en el art. 33.

ART. 463. Los actos relativos á la posesión, ejecutados ó consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla ó retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, á no ser que éste hubiese otorgado á aquél facultades expresas para ejecutarlos ó los ratificare con posterioridad.

Concordancias.—Análogo al art. 468 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—No existe ninguno que de modo concreto siente la doctrina del artículo. Puédese, sin

bargo, citar la ley 1.ª, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilación, que dice así:

«Los tenedores de la cosa empeñada, depositada, arrendada y forzada, no pueden alegar prescripción de ella. Si alguno tuvo ó poseyó alguna heredad, ó otra cosa, á empeños ó encomienda, ó arrendada ó alogada ó forzada, no se pueda defender por tiempo que estos atales no son tenedores por si mas por aquellos de quien la cosa tienen.»

COMENTARIO.—Si tratáramos de presentar los vicios y defectos de que adolece el Código civil patrio, y mediante análisis y estudios minuciosos hubiéramos obtenido el convencimiento de que una de sus mayores imperfecciones consiste en la impropiedad y falta de fijeza de su tecnología, no podríamos ofrecer prueba más demostrativa é irrebatible que el art. 463, cuya doctrina es como sigue:

Los actos relativos á la posesión, ejecutados ó consentidos por el que posee una cosa como *mero tenedor* para disfrutarla ó retenerla *en cualquier concepto*, no obligan ni perjudican al dueño.

Pero ahora bien: el dueño puede haber otorgado al mero tenedor facultades expresas para ejecutar ó consentir actos relativos á la posesión, ó puede ratificarlos una vez ejecutados ó consentidos por el mero tenedor, y entonces dispone el artículo que tales actos obliguen y perjudiquen al dueño.

Aparentemente, la doctrina desenvuelta per el artículo no ofrece la más leve dificultad; antes bien, revela una sencillez halagadora. Y en efecto, si posible fuera despojar de su ropaje á la idea que el legislador ha tratado de exponer, y condensáramos el espíritu de la ley en una regla jurídica que lo reflejara sin vaguedades, descollaría esa halagüeña sencillez de la que hace un momento hemos hablado.

Harto sabemos, ó por lo menos harto hemos oído, que la función intelectual de la inventiva excede en cien codos de dificultad á la función, también intelectual, de la crítica; pero sin que pretendamos elevarnos hasta la altura de la primera, creemos que nspiración jurídica del artículo objeto del actual comentario ›iérase podido traducir con mucha mayor fidelidad.

En nuestra opinión, lo que el artículo quiere expresar es lo siiente: Los actos posesorios privativos del que posee como

dueño no obligan ni perjudican á éste si los ejecuta ó consiente el que posee en concepto de tenedor de la cosa para conservarla ó disfrutarla, á menos que el dueño le hubiese otorgado facultades expresas ó ratificase con posterioridad los actos ejecutados ó consentidos.

En breves palabras: el artículo trata de invalidar los efectos de las estralimitaciones del poseedor, impidiéndole por este medio las incursiones por esferas ajenas á su actividad y competencia.

Vean nuestros lectores á qué precepto más sencillo puede reducirse un artículo que, apreciado al tenor de las sutilidades del análisis, parecía indescifrable.

Supongamos por un momento que, aceptando el artículo en su literalidad, pretendemos esclarecerlo. El primer escollo con que tropezamos es el de adivinar qué es lo que el legislador ha pretendido expresar con la frase ambigua y nebulosa de *actos relativos á la posesión*. Dado su tono de generalidad, bajo dicho enunciado se comprende cualquier acto que con la posesión se relacione, bien los que tiendan al aprovechamiento de la cosa poseída, ya á la modificación ó extinción de la relación posesoria. Interpretado así el concepto mencionado, se nos ofrece inmediatamente otra dificultad. ¿Qué debemos entender por mero tenedor? ¿Dónde se encuentra definida esta categoría por el Código? ¿Hace alusión al tenedor precario ó al mero detentador por robo, hurto? Y si, por ventura, imaginamos que el artículo alude á esta clase de poseedores, ¿cómo podremos considerar comprendidos entre estos últimos á los que están en la tenencia de la cosa de ajena propiedad para conservarla ó disfrutarla, como, v. gr., los usufructuarios, acreedores pignoraticios? El tenedor precario no posee por virtud de ninguna causa legal. Consiguientemente, la frase *en cualquier concepto*, empleada por el art. 463, no se refiere á dichos poseedores, porque su concepto posesorio se resume en el precario. Y si bajo la frase mero tenedor, comprendemos á los arrendatarios, usufructuarios, acreedores pignoraticios, etc., entonces el artículo se comprende menos, porque éstos poseen en virtud de una razón jurídica, disfrutan de la *possessio natu-* y pueden por su propio derecho ejecutar actos relativos á la sesión sin mengua ni menoscabo de los derechos del dueño.

Este tejido de confusiones á que da margen la lastimosa

mipología del artículo que comentamos, se salva reconstituyéndolo en la forma que dejamos expuesta al principio y que mantenemos como la genuina interpretación del artículo, mientras no se nos demuestre lo contrario.

ART. 464. La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble ó hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida ó sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto á las adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, ó de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará á lo que dispone el Código de Comercio.

Concordancias. — Mantiene cierta analogía con el art. 1.962 del proyecto de 1851. Análogo al art. 469 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

...ENTARIO.—El artículo que vamos á estudiar se nos ofrece co... una muestra de mosaico jurídico merecedora de toda re...

...ienza por establecer el principio de que la posesión de los

bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título. Continúa concediendo la acción reivindicatoria al que hubiese perdido ó hubiese sido despojado de una cosa mueble. Sienta luego la excepción de que el tercero que hubiese adquirido de buena fe en venta pública la cosa mueble perdida ó sustraída, no puede ser privado de ella sin que previamente se le reembolse del precio que diera; sigue legislando respecto de la restitución de los efectos empeñados en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno, y finalmente, termina con un párrafo del que se deduce que por lo que atañe á los efectos adquiridos en Bolsa, feria ó mercado, ó de un comerciante legalmente establecido, se estará á lo que sobre el particular dispone el Código de Comercio.

En verdad que la mezcla no puede ser más original. Al lado de un principio abstracto y de puro derecho civil cual el de que la posesión de una cosa mueble adquirida de buena fe equivale al título, una mera referencia al Derecho mercantil. Rozándose con un precepto particular relativo á la devolución de los efectos empeñados en los Montes de Piedad, una repetición del segundo párrafo del art. 348 del Código civil, y todo ello sometido á un común denominador, es decir, englobado en un solo artículo.

La exégesis nos obliga á seguir los pasos del Código, y así lo hacemos, no sin apuntar la nota crítica que antecede.

Sería ciertamente instructivo averiguar el criterio científico á que se han ajustado los legisladores al incluir en el título que de la posesión se ocupa un artículo policromo. El principio de que la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, encaja mejor en la parte que el Código consagra á tratar de la prescripción. La doctrina de la reivindicación de la cosa mueble perdida ó hurtada implica redundancia, tanto porque el art. 348 del Código declara que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla, como porque en cuanto atañe á la pérdida de la cosa mueble legisla el artículo 615, y por lo que concierne al hurto ó robo de la misma el 1 956 consigna que las cosas muebles hurtadas ó robadas no prescriben para los que las hurtaron ó robaron ni para los cómplices ó encubridores, á no haber prescrito el delito ó falta la pena y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida delito ó falta.

Hablar de la restitución de los efectos empeñados en los Montes de Piedad al desarrollar la doctrina posesoria, parécenos también algo fuera de lugar, porque no depende el precepto contenido en el tercer párrafo del art. 464 de la especialidad de la relación posesoria, no es un efecto de la posesión de la cosa mueble, sino una modalidad, por decirlo así, del contrato relativo de prenda, resultante de la influencia ejercida por la naturaleza del contrato principal. El préstamo en los Montes Píos se hace respetando el rubor de la adversidad y consiguientemente sin indagar el origen ni la propiedad de la cosa empeñada, que se supone desde luego del dominio del que la da en prenda. Como el contrato de préstamo se reputa perfecto, de aquí que sólo pueda resolverse mediante la devolución al Monte Pío de la cantidad del empeño y de los intereses vencidos. Si así no fuese, el fraude recibiría la sanción de la ley.

¿Qué motivo existe para reunir en un mismo artículo, enlazándolos con estrecho vínculo, tres preceptos, uno de los cuales se refiere directamente á la prescripción positiva, otro de ellos entronca por línea recta con la materia propia de la prenda contractual, y el tercero no es más que una reminiscencia tímida de tres principios consignados por el Código en los títulos de propiedad, ocupación y prescripción? Motivo científico no lo descubrimos; causa de conveniencia, acaso la de eslabonar varios preceptos que guardan entre sí relación.

Nos explicaríamos el primero y segundo párrafo del art. 464 en el título de la prescripción. En la parte relativa á la materia posesoria juzgámoslo una disonancia, toda vez que el justo título en la posesión de las cosas lo reconoce el derecho en cuanto constituye, con la buena fe y el tiempo, uno de los elementos integrales de la usucapión, ó como dicen algunos Códigos extranjeros, de la prescripción positiva.

* * *

La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale á título.

En fait de meubles la possession vaut titre—dice el art. 2.279 del Código civil francés.

He aquí el origen legal del art. 464.

Según algunos autores, entre otros Renaud, el art. 2.279 toma su origen de las más antiguas costumbres germánicas, las cuales confundían la posesión y la propiedad, y no admitían la reivindicación de efectos muebles contra un tercer poseedor.

En la legislación de Roma no encontramos ningún precepto análogo. Portalis explica esto porque en aquellos tiempos no existía un principio que, cual el de que se trata, deriva su causa de la extensión del comercio, de la multiplicidad de las relaciones y de la consiguiente necesidad de descartar las acciones reivindicatorias de los negocios mercantiles.

El comentador Marcadé, tratando de inquirir el significado de las palabras que hemos copiado, y remontándose al derecho consuetudinario, manifiesta, refiriéndose á Bourjon, que la jurisprudencia del *Chatelet de Paris* era la de considerar la posesión de las cosas muebles como una prescripción instantánea que imposibilitaba el ejercicio de la acción reivindicatoria. Sin embargo, Denizart, procurador que fué del Chatelet, escribía: «Tenemos por máxima cierta en el Chatelet la de reputar propietario al poseedor de la cosa mueble, si no se le opone un título demostrativo del dominio de otra persona.»

Marcadé, á pesar de esta diversidad de criterios, inclínase hacia Bourjon, y copiando sus opiniones relativas á la adquisición instantánea de las cosas muebles por efecto de la posesión, hace notar que las frases que sirvieron á Bourjon para sintetizar su pensamiento, son literalmente las mismas de que el Código francés se ha valido en el art. 2.279. Si el Código copia á Bourjon, y éste opina que respecto de las cosas muebles la simple posesión produce el mismo efecto que el título de propiedad, ¿cómo dudar, exclama Mercadé, del origen y de la significación del principio *En fait de meubles la possession vaut titre?*

Toullier opina que el art. 2.279 no establece sino una presunción *iuris tantum* de propiedad, subordinada al transcurso de un lapso de tiempo de tres años para producir prescripción, pero Marcadé califica de herejía la doctrina de Toullier, argumentando que si el Código, después de exponer la regla general, admite la excepción de que las cosas muebles perdidas ó sustra pueden ser reivindicadas, es porque en principio las cosas m bles no pueden serlo, permaneciendo desde el momento d adquisición, de la propiedad del adquirente.

Como se observa, dos sistemas contradictorios riñen batalla en punto á la interpretación doctrinal del art. 2 279 del Código civil francés. Uno de ellos sustenta la prescripción instantánea. Esforzado paladín de esta teoría es el jurisconsulto Marcadé.

Otro mantiene la doctrina de la presunción de propiedad. Aubri et Rau patrocina esta opinión.

Justo es decir que la jurisprudencia francesa se ha pronunciado de un modo manifiesto en pro de la segunda.

Laurent se aparta por igual de una y otra escuela, y se coloca en un justo medio, que es el generalmente profesado por los autores.

El ilustrado profesor belga opina que la posesión equivale á un título de propiedad, es decir, á una causa legítima de adquisición que el poseedor está dispensado de probar.

Los comentaristas franceses han analizado minuciosamente el art. 2.279 del Código de su Nación, investigando las condiciones que son necesarias para que la posesión produzca los efectos del título, y aunque Mourlon estima como necesaria la circunstancia de que el poseedor no esté obligado personalmente para con el propietario á la restitución de la cosa mueble, la generalidad de los autores considera esta tercera circunstancia implícitamente comprendida en las dos primeras, es á saber: que la posesión se adquiera de buena fe, y que el que alegue á su favor el art. 2.279, haya sido puesto en posesión en virtud de un modo adquisitivo legal, como, por ejemplo, compraventa, permuta, donación, dación de pago, etc.

Hemos investigado con algún detenimiento la interpretación que los autores franceses han dado al art. 2 279 del Código Napoleón, porque este último ha sido el molde ó turquesa en que los legisladores españoles han fundido el párrafo primero del artículo 464, siendo de advertir que la reforma introducida en cuya virtud la posesión para producir los efectos del título ha menester del requisito de la buena fe, coincide con las apreciaciones de los autores de la vecina República que con más profundidad han tado la cuestión.

El conocimiento de los antecedentes es un dato esencial para riguar la significación de las leyes, y cuando, como sucede en e caso, el original y la copia guardan entre si tan estrecha seanza, llévase adelantada la mitad de la labor.

Los Códigos extranjeros no han repudiado en absoluto el principio proclamado por el Código Napoleón; pero, ó han introducido en su expresión algunas modificaciones más en armonía con la ciencia del derecho, ó acomodándose á un rigorismo digno de todo encomio, han expuesto con claridad y elegancia las verdaderas doctrinas. El Código de estructura más científica, es á saber, el lusitano, después de manifestar que las cosas muebles pueden ser prescritas por la posesión de tres años siendo continua, pacífica, con justo título y buena fe, y por diez años, aun cuando no concurran estos requisitos, añade: *El justo título y la buena fe siempre se presumen*. El Código de Méjico (artículos 1.196 y 1.197) copia casi literalmente el portugués. El legislador italiano, plegándose más al modelo francés, consigna el mismo principio de este último, aunque con alguna mayor claridad: «Respecto á los bienes muebles, dice, por su naturaleza y título al portador, la posesión produce en favor de terceros de buena fe el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica á la universalidad de bienes» (art. 707). El Código de Italia explica el fundamento del principio; es una consecuencia de la naturaleza mueble de la cosa y de la carencia de título escrito que implica la suma facilidad de transmisión.

La única dificultad que ofrece el artículo que comentamos es de mera interpretación. ¿Ha querido decir el Código simplemente que en las cosas muebles la posesión suple al título escrito como un efecto indeclinable de su condición mobiliaria, pero sin que por esto se entienda que la posesión de buena fe sea un título dominical indestructible, ó su intención ha sido la de conceder á la posesión de la cosa de buena fe el valor de una prescripción instantánea antagónica de toda posibilidad de reivindicación, salvo los casos de hurto, robo ó pérdida? Si su propósito ha sido el que hemos expresado en la primera proposición, ¿cómo se explica el inciso del primer párrafo del art. 464, concebido en estos términos: «*Sin embargo*, el que hubiese perdido una cosa mueble ó hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea»? Si por el contrario el Código ha pretendido ... nificar que la posesión de buena fe es un título perfecto de ... piedad, ¿qué quiere decir el art. 1.955 con estas palabras: «El ... minio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no ... terrumpida de tres años con buena fe. También se prescrib...

dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años sin necesidad de ninguna otra condición»? De estas dos teorías que se nos presentan en abierta pugna, y que son las mismas mantenidas por los jurisconsultos franceses, ¿cuál de ellas debe prevalecer, dada la contextura científica de nuestro Código? ¿Es una heregía, como dice Marcadé, la opinión de Tullier, ó merece ser acogida con alguna mayor benevolencia y calificada con menos acritud?

Entremos desde luego en el dominio de la interpretación.

El artículo habla de *título* simplemente, pero hay que presumir que la supresión del adjetivo *justo* no implica variación en el concepto. Así, pues, la redacción acabada del repetido art. 464, si cabe reputar perfecta una idea expuesta erróneamente, sería esta otra. La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al justo título. ¿Es esto así? El mismo Código se ha de encargar de confirmarlo. Ya hemos dicho que la doctrina del justo título tiene indicado su propio lugar en la parte del Código que se ocupa de la prescripción, toda vez que el justo título lo concebimos como uno de los requisitos indispensables para la prescripción positiva. Acudamos á dicho lugar y observaremos que el art. 1.940 dice: «Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y *justo título* por el tiempo determinado por la ley.» Un poco más adelante hallamos el art. 1.955, el cual declara que el dominio de las cosas muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. Noten nuestros lectores que prescinde en absoluta del *justo título*. ¿Qué significa esta intencionada omisión? Eslabonemos ambos artículos, el 1.955 y el 464 objeto de nuestro comentario, y de la relación mental que entre ellos establezcamos deduciremos en puridad de lógica que si la prescripción positiva ó usucapión de las cosas muebles no requiere como elemento integral de la misma el justo título, es porque, por virtud de una ficción jurídica, está suplido por la posesión adquirida de buena fe. Contamos ya con un dato esencial para la recta interpretación del artículo que estudiamos.

El Código, siguiendo el dictamen y copiando los conceptos de juristas franceses, exige que la posesión de la cosa mueble *haya sido adquirida de buena fe*. Requiere, por tanto, un modo adquisitivo equivalente al título, y exige también en el adquirente

intención pura, ó lo que es lo mismo, ánimo de poseer la cosa como dueño en virtud de una justa adquisición. Esto es sin duda lo que el artículo pretende dar á entender con las palabras *adquirida de buena fe.*

En efecto, aunque el Código es sumamente parco en definir las instituciones del derecho civil, esquivando en lo posible tan enojoso y difícil trabajo, no ha querido pecar por defecto ni esparcir sombras en punto á la buena fe, y mostrándose pródigo, la ha definido en dos lugares distintos. Uno de ellos es el título dedicado á la posesión; el otro es el que consagra á la prescripción. Dice el art. 433 que se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Expresa el art. 1.950 que la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio.

Estas dos definiciones, si bien diversas, por cuanto la primera dice relación á la buena fe como estado de conciencia negativo del poseedor y la segunda la considera en abstracto y como estado de conciencia positivo, se adaptan y coinciden en un término común, es á saber: en el de tener como fondo, por decirlo así, una adquisición de la cosa bien originaria, bien derivada. Observemos, pues, que el título ó modo adquisitivo es el antecedente, la buena fe el consiguiente, de tal suerte que no podemos concebir la buena fe en el poseedor si prescindimos del otro factor esencial. ¿Cuál es la consecuencia que de este razonamiento deducimos? La de que en la posesión de las cosas muebles no se prescinde del título sino en cuanto por éste se entiende el instrumento público en el que conste el carácter de la transmisión, más no en el sentido de que baste el mero hecho de la tenencia sin necesidad de ningún otro requisito.

El título, en su más amplio concepto, va implícitamente envuelto en la buena fe. De ahí que la ley lo presuma, á pesar de consignar el art. 1.954 que el justo título no se presume nunca. Esto es, á nuestro juicio, lo que el Código ha querido expresar con las palabras «la posesión equivale al título». Sin duda, siguiendo un raciocinio análogo al que hemos expuesto, los legisladores Portugal y de Méjico establecieron el principio de que para la cripción de las cosas muebles el justo título y la buena fe se p men siempre. Los autores del Código español han preferido

fundamento serio, el patrón francés, más propenso á la confusión que el molde sencillo y elegante del derecho lusitano. Después de todo, ¿no acabamos de demostrar que el justo título se presume por el mero hecho de coincidir con el modo adquisitivo que sirve de fondo á la buena fe? ¿No afirma el Código español que la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor le corresponde la prueba? ¿Pues á qué decir que la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título? ¿A qué conferir una cualidad positiva á la buena fe, cuando no pasa de presunta? ¿No es más jurídica la expresión de los Códigos portugués y mejicano? Indiscutiblemente.

Dejando á un lado esta breve digresión, digamos ya que dos son los requisitos exigidos por el art. 464 para que la posesión de la cosa mueble pueda producir la prescripción ordinaria: 1.° Un modo adquisitivo; es decir que la posesión del que adquiere la cosa reconozca por origen una de las causas justas que el derecho establece; así, pues, la compraventa, la permuta, la donación, la dación en pago, la sucesión, etc. Si la posesión de la cosa no reconoce por origen uno de estos títulos ó causas de ley, como dice con mucha razón Marcadé, no puede tener el poseedor el *animus domini*. 2.° La creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía trasmitir su dominio.

Llegamos al nudo del artículo. ¿La concurrencia de los dos requisitos que acabamos de mencionar es suficiente para engendrar el dominio por prescripción instantánea? Para responder afirmativamente es preciso distanciarse de la realidad, y mediante una abstracción jurídica desequilibrada, elevar á la categoría de principio universal la resultancia de varios estados particulares de hecho.

El que traspasa mediante un modo justo un bien mueble que ha creado ó que le pertenece, claro está que no puede reivindicarlo, pero esto es porque ha perdido su dominio sobre la cosa mueble, desprendiéndose de la misma por un acto voluntario. ¿Habremos de deducir que el adquirente ha ganado la propiedad] prescripción instantánea? Según ciertos autores franceses, sí. n nuestra opinión, no. Cuando existe una franca y manifiesta misión de propiedad, es incongruente hablar de prescrip- y vale tanto como confundir los modos adquisitivos y pre- er con notorio error dualidad de causas. Que la transmi-

sión de las cosas muebles está condicionada por la carencia de título escrito. ¿Quién lo duda? Pero, ¿dejará de ser esto una especialidad de la transmisión de dicho dominio? Que en muchos casos la reivindicación no sea posible, nada quiere decir, porque el *jus vindicandi* implica la preferencia de uno de los modos adquisitivos que contienden, y cuando la relación de propiedad de las cosas muebles se nos muestra perfecta, única y rodeada de las condiciones que el derecho exige, la *reivindicatio* carece de medio ambiente, por decirlo así, apto para su desarrollo.

Exactamente lo mismo sucede con los bienes raíces transmitidos en plena propiedad y con ajuste estricto á los requisitos de la ley. La reivindicación no puede prosperar, y sin embargo, á nadie se le ha ocurrido decir que el nuevo propietario gana la cosa raíz por prescripción instantánea.

Si la carencia de título instrumental no fuese una especialidad característica del dominio de los bienes muebles, tendríamos que concluir en que todas las cosas de esta especie se adquirirían por prescripción ordinaria ó instantánea, según la cualidad legal del modo adquisitivo. Y esta conclusión es inaceptable porque deriva de un vicio manifiesto en el discurso.

No es, pues, como dice Tullier, una presunción de propiedad, porque esta presunción va inherente á todo estado posesorio y no es exclusiva de la posesión de las cosas muebles, ni es tampoco una prescripción instantánea como sostienen algunos autores.

Entre uno y otro extremo está el justo medio. El artículo lo único que quiere expresar es que el título de esencia en la prescripción ordinaria de las cosas raíces, por cuanto necesariamente debe probarse su existencia, está suplido por el modo adquisitivo y la buena fe en las cosas muebles. ¿Y esto por qué? La respuesta no puede ser más llana, ya lo hemos dicho.

Porque la transmisión de las cosas muebles, por efecto de su naturaleza eminentemente traslaticia, se realiza las más de las veces sin solemnidad ninguna.

Cuando el modo adquisitivo es vicioso, la ley concede la *reivindicatio*, y cuando enfrente de un modo adquisitivo de buena fe contrapone un derecho preferente, la ley ampara al poseedor concediéndole un dominio absoluto inatacable por el ejercicio del *jus vindicandi*, no confiriéndole una prescripción instantánea.

otorgándole un derecho á la restitución del precio que diera por la cosa.

Un ejemplo servirá para esclarecer esta materia.

A, en garantía de un préstamo mutuo, v. gr., da á *B* en prenda una cosa mueble. Supongamos que la cosa dada en prenda por *A* no le pertenece, porque corresponde á *X* que se la confió en depósito.

Vence el plazo, y no satisfaciendo *A* la cantidad del préstamo, *B*, haciendo uso del derecho que el art. 1.872 del Código reconoce á los acreedores prendarios, procede á la enajenación de la prenda por ante Notario en pública almoneda. Un tercero *C* la adquiere, y en estas circunstancias, *X* reclama el depósito á *A*, y descubierto el fraude, trata de reivindicar la cosa que le ha sido sustraída. ¿Puede ejercitar la acción reivindicatoria? ¿Puede restituir á su poder la cosa de la cual *A* dispuso sin derecho? ¿En su caso se entenderá esta restitución mediante el abono del precio que *C* diera por la misma en la subasta pública? Observemos que el tercero *C* tiene la posesión de la cosa y que ha entrado en dicha posesión por virtud de un modo ó título justo, cual es la adjudicación en subasta celebrada con la intervención de Notario. Esto no obstante, es indiscutible que en el ejemplo propuesto, la reivindicación procede aun cuando el reivindicante quedará obligado á pagar al poseedor el precio en que la cosa le fué adjudicada. Esta restitución no es, como algunos creen, prueba irrefutable de que el poseedor de la cosa tenía el dominio de la misma, porque entonces no sería lícita la restitución, sino simplemente un medio legal protector de la buena fe, exigido por la naturaleza de las cosas muebles y su falta de título escrito en la generalidad de los casos.

La buena fe, juntamente con la posesión, suple al título en las cosas muebles, pero mientras esta buena fe pueda ser controvertida, mientras la validez ó invalidez del modo adquisitivo sea susceptible de constituir el contenido de una discusión jurídica, la posibilidad de la reivindicación salta á la vista.

Ahora bien: ¿cuándo cesa esa posibilidad? La respuesta no puede ser más sencilla: cuando por el transcurso de tres años en concepto de existir posesión continuada y buena fe, ó de seis en el de mera tenencia sin el concurso de ningún otro requisito, se adquiere el dominio por prescripción.

Como quiera que discrepamos de la opinión de la generalidad de los escritores que, ocupándose de esta cuestión, han diputado poco menos que de indiscutible la llamada prescripción instantánea, no queremos dejar de expresar las razones en que los legisladores franceses apoyaron el principio del art. 2.279. El principal fundamento, aparte del relativo á la carencia de título instrumental en las transmisiones de las cosas muebles, se condensa en estas ó parecidas palabras:

La facilidad traslaticia de los bienes muebles es evidente. Así, un caballo puede ser sucesivamente comprado por ocho ó diez personas en un plazo muy breve.

Si el que lo adquiere de buena fe pudiese ser desposeído por virtud de una acción reivindicatoria, tendría que repetir contra el vendedor, éste contra el que á su vez se lo vendió y así sucesivamente, generándose una serie de acciones cuyo último resultado sería el de imposibilitar todo comercio. El argumento sostenido por Bigot de Preameneu no adolece de poca solidez, pero es, en cambio, generalísimo, porque el peligro que señala va inherente á toda transmisión, sin otro título que el posesorio que se produce por la tradición de la cosa, cual sucede en los bienes muebles. La cosa perdida sabemos que puede ser reivindicada de quien la poseá; lo dice categóricamente el artículo que comentamos. Si el que se la encontró la vendió á un tercero que la adquirió de buena fe, éste á su vez la enajenó á otra persona y así sucesivamente, tendremos en definitiva una serie intermedia de adquirentes, todos los cuales serán responsables para con su respectivo comprador en el caso de una acción reivindicatoria.

El antídoto del mal no consiste, á nuestro modo de ver, en invalidar la acción reivindicatoria, creando una prescripción instantánea. El mal, si así podemos calificarlo, es inherente á toda transmisión de bienes muebles, y en rigor carece de realidad, porque la misma facilidad con que las cosas muebles se enajenan, borra muy á menudo la noticia de su posesión actual, imposibilitando el ejercicio de la *reivindicatio*.

Continuando el comentario del art. 464, encontramos [illegible] guientes palabras: «*Sin embargo*, el que hubiere perdido una [illegible] mueble ó hubiere sido privado de ella podrá reivindicar [illegible] quien la posea.» El principio que en estas palabras se conti[illegible] sustancialmente el mismo que establece el art. 348 cuand[illegible]

«El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.» ¿Por qué emplea el Código el advervio *sin embargo*? La duda surge inmediatamente: ¿es que fuera de los casos de sustración ó pérdida, la *reivindicatio* no es lícita?

¿Constituye este inciso del primer párrafo del art. 464 una excepción de la regla general de que la posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título? La deducción literal, con efecto, enseña que solo puede reivindicar el que ha extraviado una cosa mueble ó ha sido privado de la misma ilegalmente; pero nosotros creemos que el legislador español no ha abdicado de su criterio propio, convirtiéndose en un mero copista del Código francés. Procurando desentrañar la idea oculta en el inciso que analizamos, somos de parecer que, pese al empleo del advervio, el Código, lejos de excepcionar la regla general, la ha confirmado. Todo propietario puede reivindicar. Este axioma de derecho es indestructible porque tanto valdría como negar la propiedad. ¿Qué hace después de todo el art. 464 sino consagrar una vez más esta máxima indiscutida del derecho universal? El hurto, el robo, el engaño, la retención de la cosa encontrada, *res furtiva*, *vi possessa*, son títulos viciosos y como tales no sirven para la prescripción, porque ésta requiere título justo ó modo adquisitivo también justo. El espíritu del artículo se refleja, á nuestro modo de ver, en este enunciado: el hallazgo indebidamente retenido y la usurpación de la cosa mueble, no se presumen justos títulos para la prescripción. Si no es esto lo que el Código ha querido expresar, diremos sin el menor rebozo, admitida la hipótesis contraria, que los derroteros por los que camina se apartan mucho de la ciencia pura del derecho y de los principios de toda buena exposición jurídica, según los cuales deben los legisladores huir de la redundancia. La doctrina que venimos defendiendo en este comentario es la de nuestro clásico derecho patrio, y para persuadirse de ello no tenemos más que trasladar á continuación la ley 9.ª, tít. XXIX de la 3.ª Partida: «Por tiempo queriendo ganar algun ome cosa mueble ha menester primeramente *que aya buena fe en tenerla é que la aya p lguna derecha razon. Assi como por compra ó por donadio ó por c nio ó por otra razon semejante destas.* E aun demas desto, que c que aquel de quien lo ovo por alguna destas razones sobred as, que era suya e que auia poder de la enajenar. E aun le ha

menester que sea tenedor della por si mismo ó por otri que la tenga en su nombre continuadamente tres años á lo menos e teniendola tanto tiempo assí como sobredicho es, gana el señorío della e maguer despues desso viniesse el señor dellas a demandarla non deue ser oydo: *fueras ende si el señor de la cosa quissiesse prouar que le fuera furtada ó robada ó forçada.*»

Nuestros lectores pueden, por sí propios, comprobar la exactitud de cuanto con relación al particular discutido venimos sosteniendo. El derecho patrimonial español no conoció la prescripción instantánea, y pensamos que el novísimo Código tampoco ha admitido esa importación exótica.

Reconocido desde luego el principio de que el dueño de una cosa mueble que la hubiese extraviado ó le hubiese sido sustraída puede restituirla á su poder de manos de quien la posea, hagamos aplicaciones prácticas, distinguiendo, no sólo entre el extravío y la usurpación, llamémosla así, en méritos á la brevedad, sino también según la cosa la conserve el que la encontró ó usurpó ó haya pasado á manos de un tercero.

A) De las cosas muebles extraviadas.—El que pruebe la propiedad de la cosa y el extravío, tiene derecho de reinvindicarla. ¿Cuánto tiempo durará su acción?

Fijémonos, ante todo, que respecto de las cosas muebles perdidas, legisla el art. 615 del Código civil.

Dice el mencionado artículo que el que encontrase una cosa mueble que no sea tesoro, debe restituirla á su anterior poseedor. Si éste no fuese conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiere verificado el hallazgo. El Alcalde hará publicar éste en la forma acostumbrada dos domingos consecutivos. Si la cosa mueble no pudiese conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubieren pasado ocho días desde el segundo anuncio, sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio. *Pasados dos años, á contar desde el día* de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada ó su valor al que la hubiese hallado.»

Para que la reivindicación de la cosa mueble perdida sea p ble, el primer requisito es el de que una persona distinta d que extravió la cosa, la encuentre. Acabamos de ver que, á t

del art. 615, el que encontrare una cosa mueble, ó debe restituirla inmediatamente á su anterior poseedor, ó consignarla en poder del alcalde de la localidad donde hubiese tenido lugar el hallazgo. Pueden ocurrir uno de dos casos: ó que el que encontró la cosa mueble cumpla con el art. 615, ó que prescinda de las disposiciones legales y continúe detentándola. Si lo primero, ¿prescribirá el derecho del propietario á los dos años, puesto que el art. 615 dispone que pasado dicho plazo se adjudicará la cosa encontrada ó su valor al que la hubiere hallado? Si lo segundo, ¿consideraremos un título vicioso la indebida é ilegal tenencia de la cosa perdida, y en su virtud, faltando la buena fe, no será factible la prescripción positiva ordinaria por tres años, sino la de seis que no exige otro requisito que la mera posesión no interrumpida?

Ambas cuestiones son dudosas y su decisión nos inquieta, porque, propensos por temperamento á la unidad, como factor esencial en las soluciones jurídicas, tropezamos con una dualidad de términos para la prescripción de la cosa perdida á consecuencia de hechos ajenos al que la extravió.

El primer problema tiene una sola incógnita que despejar.

El Código, en el art. 615, al adjudicar la cosa perdida y no reclamada, al que la encontró, así que hayan transcurrido dos años, ¿le ha concedido un dominio pleno?

Aunque la voz adjudicar admite una significación amplia; á pesar de que su sentido más usual es el de la aplicación de bienes á determinadas personas, ya en pago de créditos, ya por título particional hereditario, no debemos prescindir de que la adjudicación de bienes implica la pertenencia de los mismos por las personas á quienes se les han adjudicado. Indudablemente esta última acepción es la que el Código ha empleado en el artículo 615. Si, pues, la adjudicación genera un título de dominio, la primera duda queda resuelta. Sabemos, por consiguiente, que el propietario que pierde una cosa debe usar de su derecho dentro del plazo de dos años, á contar desde la segunda publicación del hallazgo.

Este precepto del art. 615, ¿es por ventura una contradicción principio general de que el dominio de los bienes muebles se scribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena En modo alguno. Constituye una excepción justificadísima de egla contenida en el art. 1.955 (art. 1.938). Su justificación

radica en la publicidad de la pérdida y del hallazgo, á virtud de los anuncios que el art. 615 ordena; y es muy lógico que esta publicidad refluya en la disminución del tiempo necesario para ganar la propiedad de la cosa mueble encontrada.

Estudiemos ahora rápidamente el segundo caso. Partimos del supuesto de que el que encontró la cosa mueble extraviada, en lugar de restituírsela á su dueño ó de consignarla en poder de la autoridad legítima, la retiene indebidamente. ¿Cuánto tiempo durará la acción del propietario para reivindicarla de manos de quien la posea? No es tan llano contestar como á simple vista parece. Por de contado que el que retiene una cosa mueble encontrada, ignore ó sepa quién es su propietario, carece de buena fe; si lo ignora, porque el art. 615 le obliga á consignar la cosa en poder del Alcalde del pueblo en cuyo término la halló; si lo sabe, porque posee á ciencia cierta de que no le pertenece la cosa, y con noticia de quién es su dueño. Faltando uno de los requisitos esenciales para la prescripción, ésta no puede producirse en el lapso ordinario de tres años, si alguna circunstancia no viene á consolidar la mala fe inicial. Pero, ¿y si el detentador del hallazgo lo enajena á un tercero? ¿Cuánto tiempo durará la acción del propietario para reivindicarla?

El art. 1.962 nos dice que las acciones reales sobre bienes muebles prescriben á los seis años de perdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al art. 1.955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto ó robo, en que se estará á lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado.

Acudimos al párrafo tercero de dicho art. 1.955, y éste nos remite á lo dispuesto en el 464 del Código, que, como nuestros lectores observarán, prescinde de fijar términos, limitándose á consignar el derecho del propietario para reivindicar la cosa perdida de quien la posea. De modo y forma que por este sistema de las referencias, los legisladores, muy pagados de sus buenos deseos, nos han dejado en la misma obscuridad que estábamos antes de la promulgación del Código.

Los Códigos extranjeros han puesto especial cuidado en [illegible] blecer con claridad la duración del plazo de que disfruta el [illegible] pietario para entablar la acción restitutoria de la cosa roba[illegible] perdida. El Código francés (art. 2.279) manifiesta que el que

perdido una cosa mueble ó le haya sido robada, puede reivindicarla durante tres años, contados desde el día de la pérdida ó robo, de aquél en cuyo poder la encuentre, salvo el recurso que éste tiene contra aquél de quien la robó. El Código italiano (artículo 2.146) expresa que se prescribe por el transcurso de dos años la acción del propietario ó poseedor de la cosa robada ó perdida con arreglo á los artículos 708 y 709.

Del art. 1.198 del Código mejicano se desprende que la acción dura seis años, toda vez que si la cosa mueble hubiese sido perdida por su dueño ó adquirida por medio de un delito, y hubiese pasado á tercero de buena fe, necesita éste el mismo plazo de seis años para adquirir el dominio de la cosa por prescripción.

Igual doctrina se deduce del art 533 del Código portugués, del cual es una transcripción el 1.198 del Código de Méjico que hemos citado. Sólo nuestros legisladores son los que han dejado sin cegar la laguna, con la circunstancia verdaderamente cómica de haber peregrinado de artículo en artículo á virtud de concretas referencias, dándonos por existente y real un término que aún no ha salido del mundo de las honestas intenciones.

Si conseguimos adivinar el propósito no revelado del legislador, empresa ciertamente no muy fácil, habremos resuelto la segunda de las cuestiones apuntadas. ¿Es este propósito el de que las cosas extraviadas no prescriben? No; porque todas las cosas pueden ser prescritas, incluso las robadas por el que las robó, cuando prescriba el delito y la acción para exigir la responsabilidad civil. Además, aun en la hipótesis de que el término para prescribir empezase á contarse desde el instante en que se supiese el paradero de la cosa extraviada, la prescripción surgiría implícita si el propietario revelaba tácitamente su abandono, no reivindicando la cosa perdida.

Hay, pues, que descartar por absurda esta proposición. El silencio de la ley, que en muchas ocasiones se interpreta por permisión ó prohibición al tenor de las circunstancias, en este caso significa únicamente olvido. Patente está, por otra parte, el descuido de los redactores del cuerpo legal que comentamos. Ellos querido legislar, por lo que respecta á la prescripción de las s muebles perdidas, y por eso han dicho: «estése á lo dispuesto en el art. 464.» Lo que hay es que, el art. 464 no expresa, motamente, nada sobre el particular, dejándonos sumidos

en confusión, porque la fuerza de la ley escrita no admite comparación con la de un dictámen individual, por muy respetable y fundado que éste sea.

Nosotros opinamos que la acción que el propietario tiene para recuperar la cosa extraviada dura seis años, contados desde la fecha del extravío. Esto se ha de entender sin perjuicio del caso de que el que hubiese encontrado la cosa hiciese entrega de la misma á la Autoridad municipal del término en que la inventó, porque entonces ya hemos dicho que dura dos años, á partir de la fecha de la segunda publicación.

El motivo capital en que nos fundamos estriba en la posesión viciosa del que encuentra una cosa y no la restituye, ya directamente ó por el conducto que el art. 615 expresa. Bien sabemos que se nos podrá objetar que esta mala fe que vicia la posesión de que nos ocupamos, puede extinguirse por la transmisión de la cosa á un tercero. Pero á esta objeción replicamos que dicha transmisión tiene que efectuarse de uno de dos modos: ó en venta pública ó privadamente. En este segundo caso, el vicio original se transmite á la posesión del tercero, porque se presume que la adquisición la verificó á riesgo y ventura y aceptando la eventualidad de que el primitivo dueño la reivindicase. Como el título instrumental no existe en las cosas muebles, es racional deducir que aquel que adquiere en venta pública, busca la garantía de la publicidad; á la inversa, el que compra privadamente acepta las contingencias que puedan sobrevenir, y entre éstas la de que siendo vicioso el modo adquisitivo, sea también viciosa la posesión y á merced del éxito favorable de una acción reivindicatoria ejercitada por quien demuestre el dominio de la cosa, no amenguado por el extravío de la misma.

Si la transmisión se verifica en venta pública, entonces reconocemos efectivamente la buena fe en el adquirente; pero aducimos en nuestro favor el profundo respeto que á la ley merece su justa posesión, puesto que el párrafo segundo del art. 464 declara que si el poseedor de la cosa mueble perdida ó sustraída la hubiese adquirido de buena fe, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

No es tampoco razón baladí en pro de nuestra tesis la de si la acción para recuperar la cosa extraviada y viciosamente seida por el que la encontró ó por un tercero, durase sólo

años, el poseedor ganaría el dominio pasado dicho tiempo, careciendo del requisito de la buena fe.

La opinión que nosotros sustentamos no es la única admisible; jamás pretenderíamos tal cosa. Enfrente de nuestros argumentos, es factible oponer otros merecedores de mucho estudio, por cuanto traen su raíz de una teoría muy fundada.

Su conclusión final consiste en conceder al propietario el término de tres años para reivindicar la cosa extraviada de manos de quien la posea, pero contando el tiempo, no desde el momento del extravío, sino desde aquel otro instante en que el propietario averigüe el paradero de la cosa extraviada. En cierto modo, tiene esta teoría un apoyo doctrinal, porque debiendo la acción reivindicatoria dirigirse contra el poseedor ó detentador de la cosa, es inconcuso que no puede ejercitarse mientras no se sepa cuál es éste, máxime cuando las cosas muebles tan fácilmente se ocultan. Ahora bien: si conocido el paradero de la cosa, el propietario dejase transcurrir tres años sin formular reclamación, su abandono resultaría patente, y por efecto del mismo, se convalidaría la mala fe inicial del poseedor. Esta teoría, realmente halagadora desde el punto de vista teórico, tropieza con un gravísimo inconveniente cuando la consideramos con aplicación á la vida práctica del derecho. Una demostración elocuente de lo que decimos nos la suministran los Códigos extranjeros estableciendo con rara unanimidad un plazo, pasado el cual, la cosa perdida se prescribe. Admitiendo el comienzo del término prescriptivo exclusivamente cuando el propietario supiese el paradero de la cosa perdida, convertiríamos las cosas muebles extraviadas en imprescriptibles en aras de un puritanismo jurídico ridículo. Porque si el propietario no practicaba gestiones de ninguna clase, ¿no habría de imputársele este abandono? Por otra parte, ¿habríamos de reputar prueba plena el testimonio del propietario que asegurase haber averiguado el paradero de la cosa en determinado momento? Dificultades son las apuntadas que en la práctica darían margen á complejas cuestiones. Todas ellas, sin embargo, se resuelven con la adopción de un término, contado desde el extravío de la cosa mueble. Este término puede ser fijo ó variable. Aceptan el segundo los Códigos de Méjico y Portugal, constituyendo el de seis años para que los terceros de buena fe puedan prescribir la cosa perdida, y el extraordinario de diez años

para los que las hallaran y no las restituyeran á su legítimo dueño. Se pronuncian por el primero los Códigos de Francia é Italia.

B) De las cosas muebles usurpadas.

Expuesto nuestro parecer, sin otra pretensión que la que siempre nos guía, deseosos de contribuir al esclarecimiento de nuestro brumoso Código, entremos ya en el examen de la segunda categoría de cosas muebles de que el art. 464 se ocupa, ó sea de aquellas de las cuales hubiese sido su dueño privado ilegalmente.

La locución adoptada por nuestro Código disipa las dificultades que entre los intérpretes del Derecho civil francés se suscitaron. El hurto, el robo, la estafa, todos los actos fraudulentos, quedan comprendidos dentro de la regla del art. 464, porque lo mismo la desposesión violenta, que aquella otra que pone á su servicio la sagacidad y el sutil engaño, no son más que medios ilegales, mediante los cuales se priva á una persona de la propiedad de una cosa mueble. Téngase en cuenta, no obstante, la generalidad de la regla sentada, que para que la reivindicación proceda, es preciso que el acto punible dé por resultado que la cosa mueble salga del dominio del propietario contra su voluntad. Así, por ejemplo, el depositario ó administrador de la cosa que, estando obligado á restituirla á su legítimo dueño, dispone de ella por cualquier título. El comodatario que vende la cosa que le fué dada en comodato; el arrendatario que enajena el bien mueble objeto del arriendo; el ladrón que sustrae las joyas del arca del dueño y se las vende á un extraño; el que por medios engañosos, y con sorpresa de la buena fe del propietario, le priva de alguna cosa.

He aquí una variedad de casos, en todos los cuales el despojado tiene un perfecto derecho á la restitución.

Nuestros lectores no habrán dejado pasar por alto las dos circunstancias que hemos considerado indispensables para que el ejercicio de la acción restitutoria, llamémosla así, sea factible. No se necesita solo que la cosa haya experimentado un traspaso del poder de una persona al de otra; es necesario que este traspaso se haya verificado contra la voluntad del dueño. Pudiera ocurrir el siguiente caso: *B* confía á *C*, corredor de antigüedades para ejemplo, la venta de una pintura de mérito, de un vargueño artístico, de un relicario afiligranado. *C* realiza la venta, y en

entregar su producto á *B*, se lo apropia ó lo distrae. Aquí se descubre desde luego la comisión de un delito por *C;* pero, ¿tendrá *B* derecho á reivindicar la pintura, el vargueño ó el relicario de manos de aquel que los esté tranquilamente poseyendo? En nuestro sentir, no. La cosa mueble, en este caso imaginario que hemos planteado, ha pasado del dominio de *B* al de un tercero con aquiescencia plena de aquél. El nervio, por decirlo así, de la acción de *B* no consiste en el rescate de la cosa, sino en el del precio que por la misma diera el comprador; por lo tanto, la acción personal de que disfruta *B*, para ser eficaz, habrá de dirigirla contra *C*.

Estas consecuencias ni destruyen ni siquiera amenguan el valor de la teoría que, mediante el análisis, hemos deducido de los artículos del Código, y cuya teoría es relativa á la transmisión de los vicios del modo adquisitivo al que adquiere privadamente una cosa mueble. La realidad de la teoría, no implica necesariamente la existencia de esos vicios, y cuando, como en el caso que hemos expuesto, el modo adquisitivo es originariamente puro, no puede ser destruído por una acción restitutoria.

Es digna de sincero encomio la amplitud de criterio con que los legisladores españoles han procedido, comprendiendo dentro del lato precepto del inciso del art. 464, á todos los que hubiesen sido privados ilegalmente de una cosa mueble. Los romanos consideraron como robo toda distracción intencional de las cosas de otro, y al efecto concedieron la *actio furti* aun para la recuperación de aquellas cosas que, siendo del dominio del que entablaba la acción, estaban en comodato ó en arrendamiento ó en prenda ó aun en depósito. *Sane in hac actione non utique expectatur, rem in bonis actoris esse, nam sive in bonis sit, sive non sit si tamem ex bonis sit, locum haec actio habebit. Quare sive commodata, sive locata, sive pignorata sive etiam deposita sit apud Titium sic, ut intersit ejus, eam non auferri, veluti si in re deposita culpam quoque promisit sive bona fide possideat, sive usumfructum in ea quis habeat, vel quod aliud jus, ut intersit ejus non rapi: dicendum est, competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum quod ex bonis ejus rapinan passus est, id est quod ex substantia ejus ablatum esse onatur* (1). De aquí que el comodatario, el arrendatario, el

(1) Instituta, § 2.°, lib. IV, tít. II.

depositario, el acreedor prendario que vendían la cosa dada en comodato, arriendo, depósito ó prenda cometían un robo.

En el moderno derecho penal el robo indispensablemente supone sustracción de la cosa, pero el Código civil, tratando de evitar interpretaciones restrictivas, ha optado por el concepto romano, adaptándolo á la recuperación de las cosas muebles. Como el Código francés habla solamente de robo, los autores han discutido ampliamente acerca de la significación del art. 2.279. Toullier y Troplong interpretan amplificativamente, comprendiendo en el concepto de cosa robada toda desposesión ilegal, y diferentes sentencias de los Tribunales franceses han secundado dicho dictamen. Marcadé, por el contrario, interpreta con un criterio genuinamente literal, fundándose en que, constituyendo una excepción del principio general de que en las cosas muebles la posesión equivale al título, debe interpretarse restrictivamente como toda excepción.

Nuestro Código, aleccionado por estas experiencias venidas de fuera, ha evitado las disputas sentando una regla de marcado sabor jurídico.

La privación ilegal de que el art. 464 habla es un término genérico, dentro de cuyo amplio contenido se cobijan diversidad de especies. Así es que dicha privación ilegal puede reconocer por causa ó la sustracción violenta, bien se aplique la fuerza á las personas ó á las cosas (robo), ó la sustracción sin violencia pero con ánimo de lucro (hurto), ó la desposesión por medios falaces y mentirosos (estafa y otros engaños). Por lo que respecta á las cosas hurtadas y robadas, un artículo del Código civil, el 1.956, declara expresamente que no podrán ser prescritas por los que las hurtaron ó robaron ni por los cómplices ó encubridores á no haber prescrito el delito ó falta ó su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito ó falta. *Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt* (1). Según es visto, los romanos rechazaron la usucapión de las cosas hurtadas y robadas. La de las primeras lo prohibieron la ley de las Doce Tablas y la ley *Aitinia*, y la de las segundas las leyes *Juli* y *Plautia*.

---

(1) Instituta, § 2.°, tít. VI, lib. II.

El Código español no acepta, como acabamos de observar, la imprescriptibilidad absoluta para los autores, cómplices ó encubridores del hurto ó del robo, sino que somete la prescripción á la del delito ó su pena ó á la de la acción para exigir la responsabilidad civil.

Aunque el art. 1.956 no se refiere sino á las cosas muebles hurtadas ó robadas, no vacilamos en admitir que bajo el imperio de dicho precepto caen igualmente las cosas de las cuales haya sido desposeído su dueño á virtud de una estafa ó de actos afines á esta última. La duda en este caso no puede justificarse.

Dentro del calificativo de cosas hurtadas debemos también comprender las cosas muebles perdidas, si el que las encontró las retuvo indebidamente con ánimo de lucro y á sabiendas de quién era su legítimo dueño.

Pero si las cosas usurpadas, digámoslo así, no prescriben para el que las usurpó sino en los casos que quedan referidos, no sucede ciertamente lo mismo cuando un tercero las adquiere. Esta adquisición puede ser de buena fe, como, v. gr., la del que compra un reloj ó una piedra preciosa, creyendo que pertenece al que se la transmite. Mas como quiera que la intención, producto del espíritu, se cubre con la vestidura de los actos, mediante los cuales es apreciada en el mundo legal, para juzgar dicha intención es menester pasar por ciertos convencionalismos, por determinadas hipótesis jurídicas apoyadas en el derecho racional. Condicionada por estas presunciones convencionales, aparece la buena fe del adquirente, irrebatible si la adquisición se ha verificado en venta pública, responsable de los vicios del modo adquisitivo si aquélla ha tenido lugar privadamente; pero tanto en uno como en otro caso, se nos ofrece la cosa usurpada como materia apta para la *reivindicatio*, siquiera en el primero de los casos la buena fe se nos presenta amparada por la restitución del precio dado. ¿Cuánto tiempo durará la acción para reivindicar la cosa usurpada, adquirida de buena fe por un tercero? Resucita de nuevo el problema, ya dilucidado al estudiar la reivindicación de las cosas perdidas. El legislador español ha querido despejar la incógnita resolviéndolo por un factor concreto, pero no lo ha logrado. Por lo que á otros atañe, no tenemos que hacer más sino reproducir el dicho razonado que hemos expuesto. La acción para reivindicar cosa robada trasmitida á un tercero de buena fe dura seis años.

Los fundamentos que entonces alegamos en pro de esta doctrina los damos aquí también por consignados.

El proyecto de 1851, á pesar de sus muchas deficiencias, fué más previsor, en lo tocante al extremo que estudiamos, que el Código vigente, y dijo: «El tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas ó perdidas debera ser doble, pero si hubiese sido comprada en feria, mercado, subasta pública ó comerciante que vendía efectos parecidos, el dueño que la reclame antes de la prescripción deberá indemnizar al poseedor el precio que pagó por ella.» Los civilistas de mediados de este siglo adoptaron dicho término prescriptivo, que es el del Código austriaco, en consideración á la calidad viciosa de la cosa y á que el plazo de treinta años establecido por el Derecho romano para la prescripción de la cosa hurtada, pero adquirida posteriormente con título y buena fe, era por su demasiada extensión generalmente rechazado.

Antes de pasar adelante en el examen del artículo, y puesto que tratamos de las cosas muebles hurtadas y robadas, procede que concordemos el precepto de la ley civil con el de las leyes penales, sustantiva y adjetiva.

Descartamos la parte destinada á castigar el hecho punible, reduciéndonos á aquella otra en que se determina la responsabilidad civil.

Toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es también civilmente (art. 18 del Código penal).

La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.°, 2.°, 3.°, 7.° y 10 del art. 8.° no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción á las reglas siguientes:

Primera. En los casos 1.°, 2.° y 3.° son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco, el imbécil y el menor de nueve años ó el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad ó guarda legal á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad ó guarda legal, ó siendo aquéllas insolventes, responderán con sus bienes los mismos locos, imbéciles ó menores, á el beneficio de competencia en la forma que establece l civil..... (art. 19).

Son también respontables civilmente, en defecto de los

sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas ó empresas por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte ó la de sus dependientes haya intervenido infracción de los reglamentos generales ó especiales de policía.

Son además responsables subsidiariamente los posaderos de la restitución de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas á los que se hospedaren en ellas, ó de su indemnización, siempre que éstos hubieren dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero ó al que lo sustituya en el cargo, del depósito de aquellos efectos en la hospedería, y además hubiesen observado las prevenciones que los dichos posaderos ó sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. No tendrá lugar la responsabilidad en caso de robo con violencia ó intimidación de las personas, á no ser ejecutado por los dependientes del posadero (art. 20).

Digamos ahora el contenido de la responsabilidad civil. Según el art. 121 del Código penal, comprende ésta: 1.° *La restitución*, 2.° la reparación del daño causado; y 3.° la indemnización de perjuicios.

La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros ó menoscabos, á regulación del Tribunal. Se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal, salva su repetición contra quien corresponda. Esta disposición no es aplicable al tercero que haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable (art. 122).

La obligación de *restituir*, reparar el daño é indemnizar los perjuicios se transmite á los herederos del responsable.

La acción para repetir la *restitución*, reparación é indemnización se transmite igualmente á los herederos del perjudicado (artículo 125).

El art. 122 del Código penal, relativo á la restitución de la cosa que se halle legalmente en poder de un tercero, habrá de entenderse á lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 464 del Código civil. La venta pública nadie negará que es un medio legal de adquisición, y, sin embargo, el tercero que ostentare dicho modo adquisitivo no podrá ser desposeído si el propietario

de la cosa no le reembolsa el precio que por ella hubiere pagado.

A tenor del art. 1.956 del Código civil, sabemos que las cosas hurtadas ó robadas no prescriben para el que las hurta ó roba ni para los cómplices ó encubridores, á no ser que hubiere prescrito el delito ó su pena y la acción de responsabilidad civil.

Prescriben los delitos á los veinte años cuando señalare la ley al delito la pena de muerte, ó de cadena perpetua. A los quince cuando señalare cualquier otra pena aflictiva. A los diez cuando señalare penas correccionales... Las faltas prescriben á los dos meses.

El término de la prescripción comenzará á correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y se empiece á proceder judicialmente para su averiguación y castigo. La prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo á correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado ó se paralice el procedimiento, á no ser por la rebeldía del culpable procesado (art. 133).

Prescriben las penas impuestas por sentencia firme: A los veinte años las de muerte y cadena perpetua. Las demás aflictivas á los quince años. Las penas correccionales á los diez años. Las leves al año.

Comienza á correr el tiempo de la prescripción desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, ó desde el quebrantamiento de la condena si hubiera ésta empezado á cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en que el reo se presentare ó sea habido, cuando se ausentare á país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición, ó teniéndolos, no estuviere comprendido en ellos el delito, ó cuando cometiere uno nuevo antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar á correr de nuevo (art. 134).

Por lo que se refiere á la prescripción de la responsabilidad civil proveniente de delito ó falta, el art. 135 preceptúa que extinguirá, del mismo modo que las demás obligaciones, con jeción á las reglas del derecho civil.

Es de advertir que para que pueda empezar á correr este

mino prescriptivo, es de esencia que la responsabilidad penal se haya depurado, mediante el pronunciamiento de la correspondiente sentencia firme, máxime cuando es notorio que la responsabilidad civil se declara en el mismo fallo que pone término al juicio penal. De aquí se deduce que cuando la acción pública del delito ha prescrito, la parte lesionada no puede formular una demanda de restitución, por ejemplo, de los objetos sustraídos. Acerca de estos extremos ha publicado recientemente Fernando Chesney un interesante estudio en el tomo XXII de la *Revue critique de Legislatión et de Jurisprudence*.

La ley de Enjuiciamiento criminal vigente de 14 de Septiembre de 1882, dispone en su art. 619 que para todo lo relativo á la responsabilidad civil de un tercero y á los incidentes á que diere lugar la ocupación, y en su día la restitución de cosas que se hallaren en su poder, se formará pieza separada, pero sin que por ningún motivo se entorpezca ni suspenda el curso de la instrucción.

Lo mismo se observará respecto á cualquiera pretensión que tuviere por objeto la restitución á su dueño de alguno de los efectos é instrumentos del delito que se hallaren en poder de un tercero.

La restitución á su dueño de los instrumentos y objetos del delito no podrá verificarse en ningún caso hasta después que se haya celebrado el juicio oral, excepto cuando la causa se archive por estar en rebeldía todos los procesados.

Si sucediera esto último, se mandará devolver á los dueños que no resulten civil ni criminalmente responsables del delito, los efectos ó instrumentos del mismo ó las demás piezas de convicción que hubieren sido recogidas durante la causa.

Si los efectos del delito pertenecieren á un dueño conocido, y un tercero alegase su dominio sobre los mismos, continuarán retenidos hasta que se resuelva la acción civil correspondiente. A este efecto, si el Tribunal accediese á la retención, fijará un plazo dentro del cual habrá de acreditarse que la acción se ha entablado. Transcurrido dicho plazo sin haberse acreditado el ejercicio de la acción entablada, serán devueltos los efectos del to á sus dueños.

Se reputará dueño el que estuviere poseyendo la cosa al ipo de incautarse de ella el Juez de instrucción (artículos 620, y 635 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

Las disposiciones que anteceden y que hemos copiado de la ley sustantiva penal y de la adjetiva correspondiente, dicen relación á todos aquellos casos en que se haya incoado proceso y la cosa hubiere sido rescatada de manos del autor, cómplice ó encubridor del robo, hurto, estafa ú otro engaño punible. Pero cuando se suscite cuestión acerca del dominio de la cosa robada entre dos que se reputan dueños, lo mismo que cuando el propietario reclame la cosa de poder de un tercero, adquirente de buena fe, la contienda revestirá un carácter eminentemente civil por cuanto su causa determinante será el ejercicio de la acción reivindicatoria.

C) De las cosas muebles sustraidas ó extraviadas y adquiridas por un tercero de buena fe en venta pública.

La regla que de un modo general sienta el segundo párrafo del art. 464 que estamos comentando es tan sencilla, que su comprensión no requiere auxilio alguno. Basta simplemente aclarar un tanto el significado de la locución *venta pública*.

Si el poseedor de una cosa mueble perdida ó sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Este es el precepto, copiado casi á la letra, del art. 2.280 del Código francés. El Código portugués, art. 535; el austriaco, artículo 367; el de Italia, art. 709; el de Méjico, art. 1.199; el de Guatemala, art. 656, y otras legislaciones que no hemos ahora de citar individualmente, coinciden en establecer el mismo principio, y es que las reglas del derecho que condicionan relaciones universales con temperamentos de equidad se imponen prontamente por virtud del íntimo comercio intelectual que hoy se mantiene aun entre las regiones más apartadas. La venta pública rehabilita en cierto modo el título originariamente vicioso. Pero esto no obstante, el modo adquisitivo no purga en absoluto su vicio original, puesto que vemos por el artículo objeto de nuestro estudio, que el dueño conserva todavía un derecho suficientemente eficaz para restituir á su poder la cosa robada, siquiera este derecho aparezca condicionado por la buena fe del adquirente.

Mas la venta pública no es piscina probática que purifique faltas de un origen punible. Es menester que le acompañe

honesta intención, ó dicho en términos jurídicos, es preciso que el tenedor adquirente lo sea de buena fe. Entendemos, y así se desprende del contexto del artículo, que si el comprador adquiere la cosa robada ó sustraída con plena certidumbre de la procedencia viciosa de la misma, no gana el derecho al reembolso del precio en caso de reivindicación.

El Código limita el beneficio del reembolso del precio á uno solo de los modos adquisitivos que el derecho reconoce, es á saber: al contrato de compraventa. No otra cosa cabe deducir en puridad de lógica de las palabras que el artículo emplea: «Si el poseedor de la cosa mueble perdida ó sustraída la *hubiese adquirido de buena fe en venta pública.*» Pero nos preguntamos: ¿es esto cierto? ¿Debemos atemperarnos al texto literal, mostrándonos rigoristas en mérito á tratarse de un precepto que presenta caracteres de excepción, ó por el contrario, debemos extender el beneficio á otros casos, en los cuales concurra identidad de circunstancias á las determinadas en el precepto que nos sirve de tema? Nos inclinamos á la tolerancia. Es más: creemos que los caracteres del artículo no están definidos lo bastante para declarar en entredicho toda interpretación amplificativa. ¿Acaso la publicidad es patrimonio de la compraventa? ¿No se realizan públicamente actos de adjudicación que transmiten el dominio, lo mismo que la *emptio venditio*, á reserva de un derecho preferente que pueda descollar por la *reivindicatio?* Desde luego. Pues entonces, ¿qué razón puede haber para beneficiar un caso con el reembolso del precio, y negar al otro esta misma reparación concedida á la buena fe? Especificaremos nuestro argumento, valiéndonos de un ejemplo práctico. *A* es deudor á *B* de una cantidad á virtud de un pagaré. Vence el plazo; la obligación es reclamada ante los Tribunales por *B*, valiéndose del procedimiento ejecutivo; se traba embargo en los muebles que, por aparecer en el domicilio de *A*, se presume que son de su pertenencia; se sacan á pública almoneda, y no habiendo postores, solicita *B* que se le adjudiquen al tipo de subasta y con la rebaja legal, y con efecto, tiene lugar la adjudicación en pago ó parte de pago del crédito reclamado. Comentemos ahora el ejemplo, y supongamos: 1.°, que los muebles estaban en el domicilio de *A*, no eran de su propiedad, sino un tercero *C*, que se los confió en depósito; 2.°, que *A*, procedido dolosamente, señaló aquellos bienes para el embargo;

y 3.°, que *B*, ignorante de esto, solicitó la adjudicación de buena fe, creyendo firmemente que los bienes embargados pertenecían al deudor *A*.

¿Podrá *C* reivindicar? No cabe duda, puesto que ha sido privado ilegalmente de su propiedad y cae, por tanto, de lleno en el inciso del primer párrafo del art. 464. ¿Tendrá *B* derecho á que el reivindicante *C* le reembolse del precio que represente el tipo por el que le fueron adjudicados? A nuestro juicio, sí. ¿No concurre la buena fe? ¿No existe la publicidad, por cuanto hay una adjudicación judicial en pago ó parte de pago de un crédito? ¿No guardan una íntima analogía el contrato de compraventa y la adjudicación, toda vez que el adjudicatario trueca su crédito por una ó varias cosas muebles determinadas? En esta identidad de cosas, ¿es lícito alterar el nivel jurídico en beneficio del comprador y en daño del adjudicatario? Entregamos la cuestión al criterio de los afectos al estudio de la ciencia jurídica civil, pero no sin hacer constar que nuestro pensamiento se inclina propicio á una interpretación elástica, por decirlo así, que permita aplicar el beneficio del reembolso del precio á los casos en que el modo adquisitivo se produzca por consecuencia de actos públicos y siempre que el adquirente lo sea de buena fe.

Retrotrayéndonos á la cuestión inicial que hemos apuntado al principiar el comentario de este segundo párrafo del art. 464, preguntamos: ¿qué expresa la locución *venta pública?*

El pensamiento del legislador, su tendencia, se reflejan con toda exactitud en sus frases. Los autores del Código han buscado y estatuído, no las formalidades con que un instrumento inviste la transmisión, porque las escrituras, en rigor, más que publicidad comunican permanencia, sino aquella otra publicidad de la subasta, á la que pueden concurrir varios licitadores y disputarse, elevando las pujas, la cosa subastada. El instrumento público supone, generalmente cuando de compraventa se trata, la presencia de dos otorgantes, es á saber, un comprador y un vendedor, los cuales, de antemano, pueden haber convenido el fraude y realizarlo en el otorgamiento sin contradicción. La ... basta implica la presencia de tantos presuntos compradores ci... tos sean aquellos que pretendan la cosa por necesidad ó por ... veniencia individual. Sin duda la ley, al hablar de venta púb... hase referido á la subasta. Ahora bien: ésta puede ser judici...

notarial; ambas las acepta el art. 464, y pensamos así en méritos á que si el Código hubiese querido restringir, bastábale con haber empleado la locución de *venta judicial* en vez de la de *venta pública.*

Varios ejemplos podemos presentar á la consideración de nuestros lectores, pero nos limitaremos á consignar los más frecuentes.

Se reputarán vendidas públicamente para los efectos del artículo 454:

1.° Las cosas muebles adjudicadas mediante subasta judicial en la vía de apremio de los procedimientos ejecutivos ó en la ejecución de sentencia de los juicios ordinarios.

2.° Las enajenadas en subasta voluntaria judicial, á tenor de los artículos 2.048 al 2.055 inclusive de la ley de Enjuiciamiento civil.

3.° Las adjudicadas en las enajenaciones celebradas con las formalidades de la vía de apremio del procedimiento ejecutivo por la sindicatura en el juicio universal de concurso, ó con la intervención judicial en los de testamentaría y ab-intestato.

4.° Las vendidas en subasta notarial, bien tenga lugar la enajenación como de la pertenencia del vendedor, bien como de la propiedad de un deudor prendario, según lo dispuesto en el artículo 1.872 del Código civil.

5.° Las transmitidas mediante subasta voluntaria judicial ó notarial, como de la propiedad de menores ó incapacitados, con la autorización justificada del consejo de familia, y con la intervención del tutor ó protutor.

Varios otros ejemplos podríamos enunciar, pero los anotados los estimamos suficientes para la aclaración del concepto.

Una última duda vamos á procurar resolver antes de avanzar en el estudio del artículo. El adquirente de buena fe de una cosa mueble en venta pública que introduzca mejoras útiles ó haga gastos necesarios en la cosa, ¿tendrá derecho á exigir su abono del propietario que se la reivindique? Opinamos afirmativamente, [illegible] razón es obvia. El que adquiere, mediante un modo adquisi[illegible], tan legítimo y eficaz como la venta pública, y además ha [illegible]ado de la cualidad moral de la buena fe, es un poseedor com[illegible]ndido dentro de los preceptos de los artículos 453 y 454, y por [illegible]o con acción indiscutible para reclamar el reembolso de los

gastos necesarios y de las mejoras útiles, y para oponer el *jus retentionis* en el ínterin no se verifique el expresado reembolso.

D) De la restitución de las cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con la autorización del Gobierno.

Al ocuparnos en el ingreso del comentario, de la irregularidad de composición del art. 464, hicimos presente que el contenido de su tercer párrafo, aunque relacionado con las materias que en el aludido artículo se desarrollan, reclama su propio lugar en el capítulo que se ocupa de la prenda contractual.

Apoyábamos esta reflexión en que el principio de que el dueño de las cosas empeñadas en los Montes de Piedad no puede lograr la restitución, cualquiera que fuese la persona que lo hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos, deriva más bien que de la especialidad de la relación posesoria que se entabla, de la índole peculiar del contrato principal de préstamo. Verificándose éste, sin indagar el origen de la cosa empeñada por merecidos respetos al rubor de la desgracia, es llano que sea quien fuere el que reclame la cosa y justifique su propiedad, debe restituir al Montepío la cantidad que éste haya dado en préstamo. Si se analiza á fondo este contrato, observamos que el prestatario es una parte caracterizada por las indeterminaciones y vaguedades de una presunción. Siempre se le reputa propietario de la cosa mueble que ofrece en prenda al Establecimiento. A pesar de estas inseguridades, el contrato se perfecciona. De aquí que, aun cuando esa parte vaga, é indeterminada en punto al dominio de la cosa, sea sustituída por otra determinada y cierta, mediante una demostración concluyente, el contrato no puede resolverse sin reembolsar al Montepío el importe del préstamo y de los intereses vencidos.

Si no rigiera tan justo precepto, haríase imposible de todo punto la existencia de los Montes de Piedad, porque el fraude concertado previamente y desenvuelto á la sombra de la ley, convertiríase en formidable ariete que no dejaría piedra sobre piedra en estas laudables instituciones de la caridad cristiana.

Nacieron los Montes de Piedad á virtud de una reacción contra los préstamos extremadamente usurarios de los jud y lombardos, los cuales, por lo mismo que eran incesantem e perseguidos, asegurábanse, imponiendo condiciones oner. i- mas á los préstamos.

Refieren los autores que Bernardino de Feltie fué el único campeón que, levantando cruzada en el siglo XIV contra las usuras de los judíos, inventó para contrarrestarlas los Montes de Piedad.

Hacia fines del siglo XV, opina un autor, se fundó en Padua el primer Montepío, á consecuencia de las predicaciones del fraile recoleto Bernabé Terni. Hay quien opina que la gloria de la primacía debe disfrutarla la villa de Salins en Francia. Algunos se la atribuyen á Perusa. También se ha creído que el Pontífice León X fué el primero que autorizó en Roma la creación de un establecimiento de este género, aunque, como otros observan, Paulo II había ya prestado su aquiescencia á la fundación de un Monte de Piedad en la ciudad eterna.

Lo que de cierto podemos afirmar es que en el Concilio V Lateranense, convocado en 1512 por Julio II, siendo Emperador de Alemania Maximiliano, por la Constitución *inter multiplices*, fueron aprobados los Montes de Piedad, declarándose que son útiles y beneficiosos siempre que el préstamo se contenga en los límites de un reducido interés, lo suficiente para atender á los gastos que ocasionen.

A los esfuerzos del venerable sacerdote D. Francisco de Piquer se debe la fundación del primer Monte de Piedad de Madrid en 3 de Diciembre de 1702.

El objeto de los Montes de Piedad, calificados por Horacio Say de «Bancos privilegiados de préstamos sobre prendas», es el de prestar á las clases necesitadas á un interés reducido, con la garantía de alhajas, ropas y otros efectos.

Por Real decreto de 29 de Junio de 1853 se dispuso la creación de Cajas de Ahorros en todas las capitales de provincia en que ya no las hubiere, á tenor de lo que estableció la Real orden de 17 de Abril de 1839. Dispúsose además, por el citado Real decreto, qué cuando las Cajas de Ahorros ó sus sucursales contasen, á juicio de las Juntas de Gobierno respectivas y con la aprobación del Gobernador, el capital suficiente, abrirían al público cada una un Monte de Piedad, en los cuales se harían préstamos os particulares, desde 10 á 5.000 reales, sobre prendas de valor no alhajas de oro ó plata, metales ó copelaciones de todas esles, piedras ó perlas finas, cáñamo, lino, seda, lana ó algodón, ufacturados ó por manufacturar, papel de todas especies,

azúcar, café, cacao, cera, títulos de la Deuda consolidada y cualesquiera otros objetos de valor intrínseco y permanente, siempre que fuesen susceptibles de colocación y conservación sin deterioro, merma ó pérdida de valor en los almacenes del Establecimiento. También se estableció el préstamo en la cantidad máxima de 200 reales sobre prenda de muebles, herramientas ó ropas hechas, lavadas ó por lavar. Nótese cómo la institución de los Montes de Piedad va desenvolviéndose paralelamente á la de las Cajas de Ahorros, hermanándose con ella y perfeccionándose mútuamente, hasta el extremo de constituir un solo Establecimiento benéfico.

Por otro Real decreto de 23 de Diciembre de 1868 reformáronse las Ordenanzas para corregir los abusos introducidos y atender mejor al objeto de la institución, pero como esta disposición carece de interés con relación al artículo del Código que comentamos, diputamos por bastante esta mera referencia.

Algún mayor interés ofrece una Real orden de 4 de Marzo de 1872, más que por otro motivo, por reflejarse en ella un criterio opuesto al que hoy predomina, y que por su influjo ha llegado á ocupar un lugar en el Código.

Habiendo elevado consulta el Consejo de Administración del Monte de Piedad de Madrid respecto á la devolución de unas alhajas empeñadas y que resultaron haber sido robadas á Doña María de las Angustias Java, dictóse la aludida Real orden, cuyos considerandos son como sigue: «Considerando que no es posible la adopción de una medida legislativa que garantice al Monte en sus intereses contra el sagrado derecho de propiedad, pues si atendibles en alto grado son los fondos de la benéfica institución, no puede anteponerse el interés que despiertan á los racionalísimos y elevados fundamentos en que descansa el derecho de propiedad; Considerando que si bien es de lamentar que el Monte de Piedad esté expuesto á registrar en sus balances pérdidas con ocasión de fraudes como el actual, si todos los ciudadanos, si todas las empresas de análoga naturaleza las sufren, no hay para qué establecer privilegio, que si en general rechaza la buena doctrina social, en el caso concreto á que se refiere este exped rompa altamente con la más constante, más lógica y mas r tada base del derecho en materia de propiedad...» etc.

El cambio ha sido radicalísimo, y el parangón entre los

vos de esta Real orden y los fundamentos de derecho en que se inspira el art. 464, demuestra la censurable volubilidad y el criterio impresionista con que los llamados á legislar proceden aun en las materias que envuelven un interés sumo. Un Real decreto de 13 de Enero de 1880 aprobó los estatutos del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de esta Corte, recopilando las disposicienes del Reglamento orgánico de 23 de Enero de 1873. Estos estatutos son los que actualmente rigen, y en ellos encontramos ya sancionada, con aplicación particular al Montepío de Madrid, la doctrina que, con carácter general, ha estatuído el art. 464 del Código civil.

Dispone el art. 26 que «no se consentirá que se extraiga del Establecimiento ningún objeto empeñado, ni que se exhiba ni se dé noticia alguna de él á título de hacer comprobaciones, á no mediar el mandato de que se hablará en el art. 37. Tampoco se permitirá que se practique operación alguna de desempeño, renovación ó cobranza de restos sin que precedan las formalidades prevenidas. Se exceptúan de dicha prohibición los objetos que, después de haber salido á la venta sin presentarse licitador, hayan de recoger los peritos tasadores con arreglo á lo que sobre el particular dispone el Reglamento.

Cuando por autoridad competente se declare mejor derecho sobre un objeto empeñado, se entregará al que obtenga esta declaración, prévio pago de la cantidad prestada é intereses vencidos.»

Con respecto á las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, cuando aquéllas procedan de hurto, robo ó estafa, no debe dejarse en olvido una Real orden de 26 de Mayo de 1884, dictada por el Ministerio de la Gobernación, significando al de Gracia y Justicia la conveniencia de que se dicte una medida en que se disponga que cuando los Tribunales instruyan causa criminal por robo, hurto ó estafa de efectos empeñados en los Montes de Piedad, los conserven á disposición de aquéllos hasta el instante de celebrar el juicio oral, en que se han de colocar en el local de dichos Tribunales, devolviéndoselos después, sin perjuicio de la decisión judicial respecto de la propiedad, y que desde el momento en que cualquier Juzgado ó Tribunal mande á los Directores de un Monte de Piedad retener efectos objeto de un procedimiento criminal, no se podrán desempeñar ni vender, aun cuando transcurran los plazos señalados en los contratos de préstamos que se considerarán interrumpidos, sin perjuicio de que

por quien resuelvan los Tribunales sentenciadores se abone al Monte el capital del préstamo y sus intereses.

Las vacilaciones que han venido produciéndose, no obstante la tendencia visible de la ley á rodear de todo linaje de protección á los Montepíos, han quedado resueltas en el Código civil por el art. 464 al declarar que no podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno, obtener la restitución, *cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado*, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos. Aquí ya no es la buena fe de un adquirente la que la ley protege; su protección es más extensa, puesto que se encamina á procurar la garantía de una institución que, cual los Montes de Piedad, conviene á la sociedad que se conserve y propague. Cierto que el interés individual resulta sacrificado, pero de repudiar la doctrina del artículo 464 en su tercer párrafo, ¿no quedarían los Montepíos á merced del fraude y á la postre serían víctimas propiciatorias del rigorismo de un principio exageradamente individualista? Hay que mirar algo más por el patrimonio social, que al cabo podemos decir, imitando á Cimbali, que hacia dicho faro habrán de convertir sus ojos los legisladores de los tiempos venideros.

E) De las cosas adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, ó de comerciante legalmente establecido.

Del cuarto y último párrafo del art. 464 despréndese que por lo que concierne á las cosas muebles adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, ó de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará á lo dispuesto por el Código de Comercio; siendo factible añadir: y demás disposiciones afines que complementan lo legislado por el Código referido.

De cosas en su acepción más amplia habla el artículo, toda vez que, si bien no menciona el sustantivo cosa, y mediante el giro, «*En cuanto*», que dice relación al párrafo que inmediatamente le antecede, podría continuarse en esta forma: «En cuanto á las cosas empeñadas, adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, etc.» no por esto deja de ofrecerse manifiesto el vicio de redacción, i- ficiente para obscurecer el verdadero sentido de la ley.

En la lonja del comerciante se expenden cosas muebles n corporalidad, lo mismo que en la feria y el mercado público s

en las Bolsas de Comercio son materia de contratación, no solamente cosas muebles corporales, como los metales preciosos amonedados ó en pasta, sino otros bienes no tan propiamente corporales, por cuanto son signos de crédito; v. gr., los valores y efectos públicos, los valores industriales y mercantiles emitidos por particulares ó por sociedades ó empresas legalmente constituídas, las letras de cambio, libranzas, pagarés y cualesquiera otros valores mercantiles, los seguros de efectos comerciales contra riesgos terrestres y marítimos, los fletes y transportes, conocimientos y cartas de porte, etc.

Por esto decíamos antes, que el párrafo final del art. 464 comprende, en la acepción del sustantivo cosa, no solamente las corporales, sino las que, careciendo de corporalidad, propiamente dicha, son, sin embargo, materia de contrato en cuanto representan valor.

El precepto que vamos á estudiar es de mera referencia: así, pues, nos limitaremos á exponer con cierto orden, y sin más glosa ni comento que la estrictamente indispensable, las disposiciones por que se rigen las materias á que dice relación.

a) *Ferias ó mercados.*—Llámanse así, como dice Escriche, las reuniones de mercaderes y negociantes en lugares y días señalados, para vender, comprar y permutar ropas, ganados, frutos y otros géneros ó mercaderías.

Por extensión también reciben el nombre de ferias los sitios ó lugares en que éstas se celebran. Aunque rigorosamente entre feria y mercado, desde el punto de vista comercial, no existe diferencia, el uso, sin embargo, ha consagrado la distinción, aplicando el calificativo feria cuando la reunión de traficantes es numerosa y solemne y de más tarde en tarde, y el de mercado á la inversa, cuando se congregan menos y con cierta periodicidad regular y frecuente.

Las ferias, que estuvieron en todo su auge durante la Edad Media y mucha parte de la Moderna, han perdido paulatinamente su importancia á medida que las comunicaciones han ido adquiriendo rapidez y los centros de población aumentándose. De lo q las ferias fueron en tiempos ya bastante lejanos, nos dan te monio varias leyes de nuestros antiguos Códigos.

Una ley del Fuero Real, única del tít. V, libro II, ordenaba q ningún *home* fuese llamado á juicio en días de mercado ge-

neral ó por feria, *e si ante de las ferias fuere el pleito comenzado y el demandado no fuere raygado que vala cient maravedis, dé fiadores que faga derecho despues de las ferias, é valanle las ferias*, etc.

Hubo ferias francas, como la famosa de Medina, llamadas así porque en ellas no se pagaban alcabalas ni ninguna otra clase de gabelas reales.

El tít. VII de la 5.ª Partida está exclusivamente destinado á tratar de los mercaderes, de las ferias é de los mercados. Después de explicar en qué consisten, da reglas para que los negociantes, tanto cristianos como judíos ó moros, sean salvos y seguros en sus cuerpos, en sus haberes y mercaderías; ocúpase de los tributos que aquéllos han de pagar, y dicta disposiciones encaminadas á evitar el fraude que amenguase las rentas del rey y la porción de la Ciudad ó de la Villa.

Varias leyes de la Novísima Recopilación que no hace al caso mencionar, y alguna Real orden como la de 17 de Mayo de 1834, pusieron trabas á la celebración de las ferias, bien haciendo depender su concesión de la Corona, bien, en el caso de que se tratase de mercados ó ferias absolutamente francos, no corriendo la solicitud por el Consejo Supremo de Hacienda y por el de Castilla, y cuando éstos fueron suprimidos, por el Ministerio, entonces del Interior, ahora de la Gobernación.

Un Real decreto de 28 de Septiembre de 1853 declaró facultad privativa de los Ayuntamientos la de establecer feria y mercados; esta es la doctrina que repitió la ley municipal de 1870 y esta es también la que hoy rige á tenor del art. 72 de la ley de 2 de Octubre de 1877, complementada por algunas disposiciones posteriores sobre la materia.

El Código de Comercio ha sido sumamente parco al legislar; así es que solamente se encuentran tres artículos que tengan conexión con el punto que examinamos.

La autoridad competente, dice el art. 82, anunciará el sitio y la época en que habrán de celebrarse las ferias y las condiciones de policía que deberán observarse en ellas.

Los contratos de compra venta celebrados en feria podrán ser al contado ó á plazos. Los primeros habrán de cumplirse el mismo día de su celebración, ó á lo más en las veinticuatro horas siguientes.

Pasadas éstas sin que ninguno de los contratantes ha

clamado su cumplimiento, se considerarán nulos y los gajes, señal ó arras que mediaren, quedarán á favor del que los hubiere recibido (art. 83).

Las cuestiones que se susciten en las ferias sobre contratos celebrados en ellas se decidirán en juicio verbal por el Juez municipal del pueblo en que se verifique la feria con arreglo á las prescripciones de este Código, siempre que el valor de la cosa litigiosa no exceda de 1.500 pesetas. Si hubiere más de un Juez municipal, será competente el que eligiere el demandante (art. 84).

b) Comerciante.—Exige el art. 464 que el comerciante se halle legalmente establecido y se dedique habitualmente al tráfico de objetos análogos.

Se presume legalmente el ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciase por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al púplico, ó de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil (art. 3.° del Código de Comercio). La antigua jurisprudencia, de consuno con las leyes sustantivas, tiene declarado que no podrá suponerse comerciante al que no resultase inscrito en matrícula alguna de Comercio; pero este requisito, sustituído por el Registro Mercantil, no es de esencia por cuanto la inscripción en dicho Registro es potestativa para los comerciantes particulares, á tenor del art. 17. Suponemos que el Código civil, al referirse á comerciante *legalmente establecido*, ha querido expresar que tenga tienda abierta y satisfaga la cuota de subsidio industrial que le corresponda.

En cuanto al requisito de que el comerciante se consagre al tráfico de objetos análogos, resulta tan justificado y su comprensión es tan llana, que huelga decir una palabra más. ¿Podríamos aplicar el art. 464 al que adquiere, v. gr., un rollo de paño en el almacén de un traficante en maderas ó en máquinas agrícolas?

Hechas las precedentes aclaraciones, observemos que el artículo 85 del Código de Comercio dispone que la compra de mercaderías en almacenes ó tiendas abiertas al público *causará prescripción* de derecho á favor del comprador, respecto de las mercaderías adquiridas, quedando á salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos, para ejercitar las acciones civiles ó criminales que puedan corresponderle contra el que los hubiere indebidamente.

Para los efectos de esta prescripción se reputarán almacenes ó tiendas abiertas al público:

1.° Los que establezcan los comerciantes inscritos.

2.° Los que establezcan los comerciantes no inscritos, siempre que los almacenes ó tiendas permanezcan abiertas al público por espacio de ocho días consecutivos ó se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras ó títulos en el local mismo, ó por avisos repartidos al público ó insertos en los diarios de la localidad.

La moneda en que se verifique el pago de las mercaderías compradas al contado en las tiendas ó establecimientos públicos, no será reivindicable (art. 86).

Las compras y ventas verificadas en establecimiento se presumirán siempre hechas al contado, salvo prueba en contrario (artículo 87).

c) *Efectos negociables en Bolsa.*— Ante todo digamos que son materias de contrato en Bolsa (art. 67):

1.° Los valores y efectos públicos.

2.° Los valores industriales y mercantiles emitidos por particulares ó por sociedades ó empresas legalmente constituídas.

3.° Las letras de cambio, libranzas, pagarés y cualesquiera otros valores mercantiles.

4.° La venta de metales preciosos amonedados ó en pasta.

5.° Las mercaderías de todas clases y resguardos de depósitos.

6.° Los seguros de efectos comerciales contra riesgos terrestres ó marítimos.

7.° Los fletes y transportes, conocimientos y cartas de porte.

8.° Cualesquiera otras operaciones análogas á las expresadas en los números anteriores, con tal de que sean lícitas conforme á las leyes.

Los valores y efectos á que se refieren los números 1.° y 2.° de este artículo, sólo se incluirán en las cotizaciones oficiales cuando su negociación se halle autorizada, conforme al art. 65, en las Bolsas de creación oficial.

Se comprenderán bajo la denominación de efectos públicos para incluirlos en las categorías oficiales:

1.° Los que por medio de una emisión representen créd contra el Estado, las provincias ó los municipios, y legalm estén reconocidos como negociables en Bolsa.

2.° Los emitidos por las Naciones extranjeras, si su nego

ción ha sido autorizada debidamente por el Gobierno, previo dictamen de la Junta sindical del Colegio de Agentes de Cambio.

También podrán incluirse en las cotizaciones oficiales como materia de contrato en Bolsa, los documentos de crédito al portador, emitidos por establecimientos, compañías ó empresas nacionales con arreglo á las leyes y á sus estatutos, siempre que el acuerdo de su emisión, con todos los demás requisitos enumerados en el art. 21, aparezcan convenientemente inscritos en el Registro Mercantil, lo mismo que en los de Propiedad, cuando por su naturaleza deban serlo, y con tal de que estos extremos previamente se hayan hecho constar ante la Junta Sindical del Colegio de Agentes de Cambio.

Si se tratase de documentos de crédito al portador de empresas extranjeras, constituidas con arreglo á las leyes del Estado en que dichas empresas radiquen, se necesitará la autorización previa de la Junta Sindical del Colegio de Agentes de Cambio, una vez acreditado que la emisión está hecha con arreglo á la ley y á los estatutos de la Compañía de la que los valores procedan, y que se han llenado todos los requisitos que en las mismas disposiciones se prescriben, y como no medien razones de interés público que lo estorben (artículos 68, 69 y 70).

Sabido ya cuáles efectos merecen la estimación de públicos para su inclusión en las cotizaciones oficiales, detengámonos un momento á estudiar los actos en cuya virtud pueden ser transmitidos. Según las solemnidades y requisitos con que la negociación se verifique, así las consecuencias jurídicas que de la misma se deriven serán más ó menos transcendentales. Esto es lo que del art. 545 del Código Mercantil se desprende, por cuanto establece que los demás efectos al portador, que no sean á la orden, bien de los enumerados en el art. 68, ó bien billetes de Banco, acciones ú obligaciones de otros Bancos, Compañías de crédito territorial, agrícola ó mobiliario, de Compañías de Ferrocarriles, de obras públicas, industriales, comerciales ó de cualquier otra clase, emitidas conforme á las leyes y disposiciones del Código de Comercio, producirán los efectos siguientes:... 3.° No estarán ujetos á reivindicación si hubiesen sido negociados en Bolsa on intervención de Agente colegiado, y donde no lo hubiese, n intervención de Notario público ó Corredor de Comercio.

Quedarán á salvo los derechos y acciones del legítimo propie-

tario contra el vendedor ú otras personas responsables, según las leyes, por los actos que le hayan privado de la posesión y dominio de los efectos vendidos.

Corroborando esta doctrina una sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Febrero de 1892, declara que si bien el art. 545 del Código de Comercio consigna, en su segundo párrafo, que los títulos al portador son transmisibles por la simple tradición del documento, añade en el tercero que no estarán sujetos á reivindicación si hubieren sido negociados en la forma que puntualiza; y en el final deja á salvo los derechos y acciones del legítimo propietario contra el vendedor ú otras personas responsables, según las leyes, por los actos que le hayan privado de la posesión y dominio de los efectos vendidos, lo cual demuestra que la novedad sancionada en estos preceptos se reduce á hacer irreivindicables los títulos adquiridos por dicha enajenación, sin hacer extensivo tal privilegio á los obtenidos por otro medio; los cuales quedan, por tanto, sometidos á las reglas generales del derecho común.

Otro caso de irreivindicación, digno de ser registrado, nos ofrece el préstamo mercantil con garantía de valores ó efectos públicos. Aparte de que, según el art. 320, todo préstamo con garantía de efectos cotizables, hecho en póliza con intervención de Agentes colegiados, se reputa siempre mercantil, el 324 prescribe que dichos efectos, cuando han sido pignorados en la forma expuesta, no estarán sujetos á reivindicación, mientras no sea reembolsado el prestador, sin perjuicio de los derechos y acciones del propietario desposeído contra las personas responsables, según las leyes, por los actos en virtud de los cuales haya sido privado de la posesión y dominio de los efectos dados en garantía.

No se crea que esto de la irreivindicación de los efectos públicos negociados en Bolsa con la intervención de Agente ó Corredor es una novedad introducida por el Código de Comercio promulgado el año de 1885. La ley especial sobre la materia, ó sea la de 30 de Marzo de 1861, reformada en su artículo primero por la de 29 de Agosto de 1873, estableció la no reivindicación de efectos al portador expedidos por el Estado, por las Corporaciones administrativas ó por las Compañías autorizadas para e siempre que con las formalidades legales hayan sido negocia

en Bolsa, donde la hubiere, y donde no, interviniendo en la operación un Notario público ó un Corredor de cambios. Copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recaído en sustentación de las dos leyes aludidas, y entre otros fallos podemos citar los de 11 de Julio y 22 de Noviembre de 1881, cuya doctrina no exponemos circunstancialmente, tanto por ser la de la ley, cuanto por haberlo ya hecho en otro lugar de esta obra.

Lógicamente pensando, hay que presumir que, así como con respecto á las cosas muebles el Código civil ha previsto el caso de su pérdida ó de su privación ilegal, de igual modo, para perfeccionar el comentario, debemos puntualizar la doctrina que rige acerca del robo, hurto ó extravío de los efectos al portador, tanto en su aspecto sustantivo, por decirlo así (Código de Comercio), como en el adjetivo (Reglamento de las Bolsas de Comercio y de la de Madrid).

En esta labor, y para no dilatar más el estudio del presente artículo, reuniremos en un apéndice el texto de las disposiciones vigentes, concretándonos ahora á exponer lo más sustancial.

d) Del robo, hurto ó extravío de los documentos de crédito y efectos al portador.

Para los efectos de la Sección II, tít. XII del libro II del Código de Comercio, se considerarán documentos de crédito al portador, según los casos:

1.° Los emitidos legalmente contra el Estado, provincias ó municipios.

2.° Los emitidos por Naciones extranjeras cuya cotización haya sido autorizada por el Gobierno, á propuesta de la Junta Sindical del Colegio de Agentes.

3.° Los documentos de crédito al portador, de empresas extranjeras constituídas con arreglo á la ley del Estado á que pertenezcan.

4.° Los documentos de crédito al portador emitidos con arreglo á su ley constitutiva por establecimientos, compañías ó empresas nacionales.

.° Los emitidos por particulares, siempre que sean hipoteca-
ó estén suficientemente garantidos (art. 547).

.hora bien: todo propietario desposeído puede proponerse uno
res fines ó los tres conjuntamente; es á saber: 1.° Impedir que

se pague á tercera persona el capital, los intereses ó dividendos vencidos ó por vencer. 2.° Que se transfiera á otro la propiedad del título, ó conseguir que se le expida un duplicado. Y 3.° Evitar la negociación ó transmisión de títulos cotizables.

En el primero y segundo caso debe el propietario desposeído formular denuncia ante el Juez ó Tribunal competente, que será el que ejerza jurisdicción en el distrito en que se halle el establecimiento ó persona deudora, indicando en la expresada denuncia el nombre, la naturaleza, el valor nominal, el número, si lo tuviere, y la serie de los títulos; y además, si fuere posible, la época y el lugar en que vino á ser propietario y el modo de su adquisición; la época y el lugar en que recibió los últimos intereses ó dividendos y las circunstancias que acompañaron á la desposesión. El desposeído, al hacer la denuncia, señalará dentro del distrito en que ejerza jurisdicción el Juez ó Tribunal competente, el domicilio en que habrán de hacérsele saber todas las notificaciones.

Si la denuncia se propusiese únicamente, el primero de los fines enumerados, una vez justificada la legitimidad de la adquisición del título, deberá el Juez estimarla, ordenando en el acto su publicación inmediata en la *Gaceta de Madrid*, en el *Boletín Oficial* de la provincia, y en el *Diario Oficial de Avisos* de la localidad, si lo hubiere, señalando un término breve dentro del cual pueda comparecer el tenedor del título, y disponiendo asimismo que se ponga en conocimiento del Centro directivo que haya emitido el título, ó de la compañía ó del particular de quien proceda, para que retengan el pago de principal é intereses.

La solicitud se sustanciará con audiencia del Ministerio fiscal y en la forma que para los incidentes prescribe la ley de Enjuiciamiento civil.

Si transcurriese un año, á contar desde la denuncia, sin que nadie la contradijere, y en el intervalo se hubieren repartido dos dividendos, el denunciante podrá pedir al Juez ó Tribunal autorización para percibir los intereses ó dividendos vencidos ó por vencer en la proporción ó medida de su exigibilidad, y el capital de los títulos si hubiere llegado á ser exigible.

Acordada la autorización, el denunciante deberá prestar c
ción bastante por el importe de las anualidades exigibles y
duplo de la última vencida. Si el desposeído no quisiere ó pudi
afianzar, tendrá derecho á que por la Compañía ó particu..

deudores se constituya en depósito el importe de los intereses ó dividendos vencidos ó del capital exigible.

Transcurridos dos años desde la autorización sin que el denunciante fuere contradicho, la caución quedará cancelada.

Si el capital llegare á ser exigible después de concedida la autorización, podrá pedirse bajo caución ó exigir el depósito.

Transcurridos cinco años sin oposición desde la autorización ó diez desde la época de la exigibilidad, el desposeído podrá recibir los valores depositados.

En el tercero de los casos enunciados, ó sea cuando la denuncia se propusiere evitar la negociación ó transmisión de títulos cotizables, el desposeído deberá dirigirse á la Junta Sindical del Colegio de Agentes, denunciando el robo, hurto ó extravío, y acompañando nota expresiva de las series y números de los títulos extraviados, época de su adquisición y título por el cual se adquirieron. La Junta Sindical en el mismo día de Bolsa ó en el inmediato fijará aviso en el tablón de edictos, anunciará al abrirse la Bolsa la denuncia hecha y avisará á las demás Juntas de Síndicos de la Nación participándoles dicha denuncia. Igual anuncio se hará á costa del denunciante en la *Gaceta de Madrid*, en el *Boletín Oficial* de la provincia, y en el *Diario Oficial de Avisos* de la localidad respectiva.

Publicados estos anuncios, toda negociación de los valores robados, hurtados ó extraviados que con posterioridad se efectúe será nula, y el adquirente no gozará del derecho de la irreivindicación; pero sí quedará á salvo el del tercer poseedor contra el vendedor y el agente que intervino en la operación, toda vez que, á tenor del art. 104, los agentes de Bolsa son responsables civilmente por los títulos ó valores industriales ó mercantiles que vendieren, después de hecha pública por la Junta Sindical la denuncia de dichos valores como de procedencia ilegítima.

En el término de nueve días, el que hubiese denunciado el robo, hurto ó extravío de los títulos, deberá obtener el auto correspondiente del Juez ó Tribunal, ratificando la prohibición de gociar ó enajenar los expresados títulos.

Si este auto no se notificase ó pusiese en conocimiento de la nta Sindical en el plazo de los nueve días, anulará la Junta el uncio y será válida la enajenación de los títulos que se hiciere steriormente.

Transcurridos cinco años, á contar desde las publicaciones, y en su caso de la ratificación del Juez ó Tribunal, sin haberse hecho oposición á la denuncia el Juez ó Tribunal, declarará la nulidad del título sustraído ó extraviado, y lo comunicará al Centro directivo oficial, Compañía ó particular de que proceda, ordenando la emisión de un duplicado á favor de la persona que resultase ser su legítimo dueño; pero si dentro de dichos cinco años se presentase un tercer opositor, el término quedará en suspenso hasta que los Jueces ó Tribunales resuelvan.

No obstante las reglas que quedan expuestas, si el desposeído hubiese adquirido los títulos en Bolsa, y á la denuncia acompañara el certificado del agente, en el cual se fijasen y determinasen los títulos ó efectos de manera que apareciese su identidad, antes de acudir al Juez ó Tribunal, podrá hacerlo al establecimiento ó personas deudoras y aun á la Junta sindical del Colegio de Agentes, oponiéndose al pago y solicitando las publicaciones oportunas. En tal caso, el establecimiento ó casa deudora y la Junta Sindical estarán obligados á proceder como si el Juzgado ó Tribunal les hubiese hecho la notificación de estar admitida y estimada la denuncia; mas si el Juez ó Tribunal, dentro del término de un mes, no ordenare la retención ó publicación, quedará sin efecto la denuncia hecha por el desposeído, y el establecimiento ó persona deudora y Junta Sindical estarán libres de toda responsabilidad.

Estas son las disposiciones que rigen respecto del extravío, hurto ó robo y falsedad de los efectos al portador. Existen algunas reglas complementarias, tales como las comprendidas en los artículos 56 al 59 del Reglamento interino de las Bolsas de Comercio de 1.º de Enero de 1886, y los 64 y siguientes del Reglamento de la Bolsa de Madrid del mismo año, que nuestros lectores pueden consultar en el Apéndice correspondiente que se incluye al final del tomo.

Para concluir este comentario, haremos notar que el art. 566 del Código de Comercio prescribe que las disposiciones establecidas para el robo, hurto, falsedad y extravío de efectos al portador no son aplicables á los Billetes del Banco de España, ni á de la misma clase emitidos por Establecimientos sujetos á ig régimen, ni á los títulos al portador emitidos por el Estado se rijan por leyes, decretos ó reglamentos especiales.

En cuanto atañe á los expresados títulos al portador, pueden nuestros lectores consultar en los Apéndices de este tomo la ley de 30 de Marzo de 1861, modificada en su art. 1.° por la de 29 de Agosto de 1873; la orden de 26 de Mayo de 1873, dejando sin efecto la Real orden de 18 de Septiembre de 1865, modificada por la de 2 de Abril de 1867, sobre retención de los títulos al portador; la orden de 20 de Febrero de 1874, concerniente á las diligencias que deben practicarse en los casos de extravío de documentos negociables ó transmisibles por endoso; de las inscripciones nominativas no transferibles y de los valores á cargo de la Dirección del Tesoro y Caja de Depósitos; la Real orden de 19 de Febrero de 1889, confirmatoria de las citadas anteriormente y desestimatoria de una instancia del Círculo de la Unión Mercantil de esta corte, en solicitud de que en los casos de robo, hurto ó extravío de títulos al portador, emitidos por el Estado, se aplicasen los preceptos contenidos en el tít. XII, Sección II, del Código de Comercio; y la Real orden de 26 de Julio de 1888 relativa al pago de intereses de valores extraviados.

También son pertinentes, y pueden consultarse con fruto, las Reales órdenes de 4 y 24 de Junio de 1846; 15 de Abril de 1849; 17 de Diciembre de 1855; 26 de Mayo de 1873; art. 7.° de la ley de 31 de Diciembre de 1881, y las Reales órdenes de 29 de Julio de 1886, 6 de Agosto de 1887; 16 de Mayo, 7 de Agosto, 5 de Septiembre y 6 de Noviembre de 1888. *(Véase Apéndice núm. 5.)*

ART. 465. Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados ó amansados se asimilan á los mansos ó domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor.

Concordancias.—Igual al art. 470 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. III, tít. IV, 16.*—Si algunos Caballeros, ó otros Monteros, Puerco ó otro ado levantaren, ningun otro quier, sea Montero, quier no,

le tomen mientra que aquellos que le levantaron fueren tras él. Mas si el Venado levantado fuese quito dellos, é fuere en su salvo e maguer que sea llamado, cualquier que le mate puédale haber.

Fuero Real.—Libro III, tít. IV, ley 17.—Maguer abejas que enjambren suben en arbol de alguno, si otri las tomare e las encerrare ante que el dueño del arbol las pueda haber, maguer que en el arbol fagan enjambre: pero el señor del arbol pueda defender á todo home que no entre en lo suyo ante que las abejas sean presas y encerradas: fueras al señor de cuya colmena salieron las abejas viniendo en pos de ellas: ca este mientra va tras sus abejas por las cobrar no pierde el derecho que en ellas habie. Y eso mismo mandamos, que si pavones ó ciervos ó otras aves ó bestias que son brabas por natura, fuyeren en manera que sean en su salvo, mandamos que se las haya quien las tomare, si el señor cuyas fueren no va en pos ellas: mas si gallinas ó ánsares ó otras cosas que no son brabas de natura fuyeren á su señor, hayalas su señor donde quier que las falle.

Véase la ley 18, tít. XXX de la Partida 3.ª en los *Precedentes* del art. 460.

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 17.—Bestias saluajes, e las aves, é los pescados de la mar é de los rios, quien quier que los prenda son suyos: luego que los ha presos quier prenda alguna destas cosas en la su heredad misma ó en la agena...

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 19.—Pierden los omes el señorio que auian ganado en las aues é en las bestias saluajes é en los pescados, en la manera que diximos en la tercera ley ante desta, luego que salen de su poder, é tornan al primer estado en que eran ante que las prisiessen, é aun pierden el señorio cuando fuyen é se les aluengan tanto que las non pueden ver é que las vean estando ellos tan alongados dellas que á duro las podrian prender. E en cada uno destos casos gana el señorio dellas quien quier que las prende primeramente.

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 21.—Van los caçadores en pos del venado que han ferido seguiendolo, é vienen otros, é prendenlo: é porque podria acaecer contienda quales dellos an tal venado como este. Dezimos que deue ser de aquellos qu prisieren primeramente: ca maguer ellos lo trayan ferido no aun en su poder é podria acaecer muchas cosas porque no

auian: esso mismo dezimos que seria si algun ome ouiesse parado lazos, ó cepo, ó fecho algunas foyas, ó parado otro armadijo en que cayesse algun venado, que quien quier que venga primeramente, é lo fallare, é lo prisiere, que deue ser suyo: é esto es segund derecho, como quier que en algunos logares vsen el contrario.

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 22.—Abejas son como cosas saluajes. E por ende dezimos que si enxambre dellas posare en arbol de algun ome que non puede dezir que son suyas fasta que las encierre en colmena, ó en otra cosa: bien asi como non puede dezir que son suyas las aues que posassen y fasta que las prisiesse... Otro si dezimos que si el enxambre de las abejas bolare de las colmenas de alguno ome é se fuere, si el señor dellas las perdiere de vista é fueren tan alongadas del que las non pueda prender nin seguir pierde por ende el señorio que auia sobre ellas é ganalas quien quier que las prenda é las encierre primeramente.

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 23.—Pauones é gauilanes é gallinas de Indias, é palomas é Gruas é Ánsares é Faysanes, é las otras aues semejantes dellas que son saluajes: segun natura acostumbraron los omes á las vegadas á amansar é criar en sus casas. E por ende dezimos que en cuanto acostumbran estas aues atales de yr é tornar á casa de aquel que las cria, que ha el señorío por doquier que anden; mas luego que ellas por si dexen de la costumbre que vsaron de yr é de tornar, que pierde el señorio dellas el que lo auia, é ganalo quien quier que las prenda. Esso mismo dezimos de los ciervos, é de los gamos, é de las zebras, é de las otras bestias saluajes que los omes ouiessen á criar en sus casas, ca luego que se tornan á la selua, é non vsan de venir á casa, ó al lugar de do su dueño las tenia pierde el Señorío dellas.

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 24.—Gallinas e capones e las ánsares que nacen, e se crian en las casas de los omes non son de natura saluaje. E por ende dezimos que maguer buelen e se vayan de casas de aquellos que las crian, por espanto, o en otra manera, e non tornen y por esto non pierden el señorio dellas aellos cuyas son: ante dezimos que quien quier que las prende con entencion de las facer perder á su señor que gelas puede mandar de furto: bien assi como las otras cosas que touiesse en poder e gelas furtassen.

Ley de Caza de 10 de Enerb de 1879.—Artículo 1.° Los animales para los efectos de esta ley se dividen en tres clases:

Primera. Los fieros ó salvajes.

Segunda. Los amansados ó domesticados.

Tercera. Los mansos ó domésticos.

Art. 2.° Son animales fieros ó salvajes los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza.

Art. 3.° Son animales amansados ó domesticados los que, siendo por naturaleza fieros ó salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre.

Art. 4.° Los animales amansados ó domesticados son propios del que los ha reducido á esta condición mientras se mantienen en ella.

Cuando recobran su primitiva libertad dejan de pertenecer al primer dueño, y son del primero que los ocupa.

Art. 5.° Son animales mansos ó domésticos los que nacen y se crían ordinariamente bajo el poder del hombre, el cual conserva siempre su dominio.

Art. 6.° Los animales fieros ó salvajes pasan á poder de los hombres por la caza.

COMENTARIO.—A suplir el vacío que los autores del proyecto de Código de 1851 dejaron sobre materia tan interesante y de tan copiosos precedentes como la que nos ocupa, vino el otro proyecto de 1882, estableciendo en su art. 470 una doctrina totalmente idéntica á la del 465 del Código vigente, en cuyo estudio vamos á entrar.

Era tanto más de extrañar la vacuidad en este punto, del primer ensayo de codificación de nuestro país, cuanto que no habiendo establecido de una manera categórica, como uno de los modos de adquirir la propiedad, la ocupación, mediante la cual los animales fieros entran en nuestro poder, no procuró remediar este defecto, legislando acerca de la posesión de dichos animales.

Si hemos de creer á Ihering, cuando dice que definir la posesión de las cosas, la exterioridad ó visivilidad de la propiedad es resumir en una palabra toda la teoría de la posesión, tene que reconocer que la posesión de los animales fieros ó dome cados no es otra cosa que la exteriorización, por decirlo así, una relación de derecho que trae su origen de un hecho in

reconocido y sancionado como uno de los modos adquisitivos de la propiedad. Este hecho es la ocupación.

De aquí la íntima armonía y correlación que existe entre la ocupación y la posesión de los animales fieros y de los que, siendo también fieros por naturaleza, se han reducido mediante la educación, acostumbrándose á la vista y compañía del hombre.

Pero antes de pasar adelante en el estudio actual, es menester definir qué entiende el derecho por animales fieros, domesticados ó amansados y domésticos.

Nuestra legislación ya derogada no se preocupó de definir cada uno de los términos de esta clasifición que de antiguo viene consignada por los expositores del derecho civil.

Las sabias siete Partidas en algunas de sus leyes dan, más bien por clasificación que por definición, una clarísima idea de lo que debe entenderse por animales fieros ó salvajes, amansados ó domesticados y domésticos. Así, por ejemplo, la ley 17, título XXVIII, Part. 3.ª, que copiamos en los *Precedentes legales* del artículo, al consignar que las bestias salvajes é las aves é los pescados de la mar é de los ríos quien quier que los prenda son suyos, desde luego da á entender el concepto jurídico de los animales fieros ó salvajes, porque con la simple lectura de dicha ley se viene en conocimiento de que si son de aquel que los ocupa, no pueden comprenderse como tales animales fieros sino aquellos que vagan libremente por la tierra, por los aires ó por las aguas, y los cuales por su calidad de *nullius*, son de *quien quier que los prenda*.

Así también la ley 23 del mismo título y Partida, en el mero hecho de expresar que *pavones e gavilanes e gallinas de Indias e palomas e gruyas e ánsares e faisanes y las demás aves semejantes que son por naturaleza salvajes, acostumbran los hombres á las veces amansar y criar en sus casas;* y al establecer que tan luego como pierdan la costumbre de ir e tornar á casa de quien los cria, pierde éste el señorío que sobre ellas tenía, nos da los elementos precisos para poder afirmar que animales amansados son los que, siendo fieros por naturaleza, se han reducido al poder del hombre costumbrádose á vivir á su vista y compañía.

Por último, bástanos observar que la ley 24 del título y Partida citados dice que *gallinas e capones e las ánsares que nacen crian en las casas de los omes non son de natura salvaje, y que*

por eso maguer buelen e se vayan de casas de aquellos que las crian por espanto o en otra manera e non tornen y, por esto non pierden el señorio dellas aquellos cuyas son, para comprender que animales domésticos son los que nacen y se crían en la casa ó la heredad del hombre y carecen del instinto de vagar libremente, que caracteriza á los fieros y amansados.

Nótese cómo la ley de Partidas, sin definir concretamente cada una de estas tres categorías que el derecho establece para clasificar los animales irracionales como objetos susceptibles de la apropiación del hombre, dá las notas características para distinguirlos y diferenciarlos jurídicamente.

Los expositores de nuestro Derecho civil han expuesto en sus tratados definiciones precisas.

Así, por ejemplo, Laserna dice que son animales fieros los que, libres del poder del hombre, no han perdido la costumbre de vagar por los campos, por las aguas y por el aire; amansados, los que, siendo fieros por naturaleza, han sido domesticados, y mansos, los que nacen bajo la potestad del hombre y tienen el instinto de estar sometidos á ella.

Viso define los animales libres, fieros ó salvajes diciendo que así se llaman los que por su instinto vagan libremente sin apetecer la compañía del hombre y sin poder ser cogidos sino por la fuerza, ora sean terrestres, acuáticos ó aves; amansados ó domesticados, los que, siendo fieros por naturaleza, se reducen, crían y acostumbran á la vista y compañía del hombre y adquieren muchos de ellos la costumbre de irse y volver á los abrigos que se les proporcionan, y mansos ó domésticos, los que nacen y se crían en nuestras casas ó bajo el poder del hombre.

Innecesario es trasladar más definiciones, porque todos los autores, punto más ó menos, coinciden en los caracteres diferenciales, y así Escriche repite las palabras de Viso, y otros copian, mejorándolas, las que la ley de caza expone en sus artículos 3.° y 5.°

Para diferenciar la condición de un animal no hay que fijarse solamente, como la ley acabada de citar lo hace, en una cualidad del mismo, por ejemplo, respecto de los animales bravíos, le vagar libremente y no poder ser cogidos sino por la fuerza. y que atender á su naturaleza, á su instinto de libertad é insun n al hombre. El cachorro de león nacido en un parque zool),

ni vaga libremente ni jamás ha vagado por los campos, y sin embargo, si el cachorro no se doma por la educación, habremos de calificarle de animal salvaje ó fiero, atendida su especie en el reino animal y á su instinto no doblegado de libertad y bravura.

Por eso nuestras leyes de Partida, supliendo las deficiencias de concepto con ejemplos prácticos, nos hablan de las gallinas é los capones é los ánsares que nacen é se crian en las casas de los omes é no son de *natura salvaje*.

De las definiciones que hemos expuesto, aceptamos, por parecernos las más perfectas, las que da Viso, absteniéndonos de definir por cuenta propia porque los conceptos que emitiéramos vendrían necesariamente á resultar repeticiones de los ya expuestos por otros escritores.

Hemos hecho notar la íntima relación y dependencia que existe entre la doctrina de la apropiación y la de la posesión de los animales fieros, relación que llega á tal extremo que cuando adquirimos ordinariamente la propiedad de los mismos, fatalmente ganamos su posesión, y á la inversa, cuando perdemos su posesión por recobrar el animal su libertad primitiva, perdemos también la propiedad.

Esto depende, como demostraremos, de la índole especialísima de la propiedad que el hombre goza sobre los animales que por naturaleza tienen el instinto de vagar libremente por los campos, las aguas ó los aires.

La ocupación de los animales para adquirir su propiedad, es un hecho necesario impuesto por la naturaleza viviente de los mismos.

El derecho escrito y el consuetudinario de los pueblos han establecido reglas y ficciones para en los casos dudosos, poder afirmar la ocupación por un determinado individuo.

Un texto del Código de Manú, citado por Pepere, afirma que la gacela pertenece al que la ha herido mortalmente.

Lubbock cita el ejemplo de los pescadores y cazadores groenlandeses, los cuales se subordinan á los siguientes principios. La vaca marina es del que la ha herido con la flecha, y si ha sido con arpón, pertenece al que la hirió, si la cuerda, que va unida dicho instrumento de pesca, no se rompe; si este accidente tiene lugar, el que lanzó y clavó el arpón pierde su derecho. Si

un rengífero es herido por varias flechas á la vez, pertenece á aquel cuya flecha se ha acercado más al corazón del animal.

Desde luego hay que aplaudir la científica tendencia del Código al considerar la posesión de los animales fieros como una inmediata y natural consecuencia de la adquisición de la propiedad de los mismos por la ocupación. Atendiendo á que la posesión se manifiesta allí donde es factible la relación de propiedad, porque, como en otra ocasión hemos dicho, si el movimiento se demuestra andando, la propiedad se demuestra poseyendo, nuestro vigente Código bosqueja, en el breve espacio de un artículo, los caracteres genuinos y particularísimos de la posesión de los animales fieros que vienen á calcarse fielmente sobre los de la propiedad de dichos animales.

La propiedad de los animales fieros aparece condicionada por la cualidad peculiar del objeto de derecho sobre que recae. No es éste materia inanimada, es materia que se mueve por sí, es el antiguo semoviente; más no es tampoco el semoviente que, sumiso al hombre y criado bajo su poder y en su compañía, se equipara completamente á la cosa mueble; es el animal libre naturalmente, criado en la selva, en el monte, en la llanura, rebelde á toda sumisión, contrario á toda obediencia; es el animal que transitoriamente ha perdido su libertad, pero que por cualquier accidente puede volver á recobrarla; es la cosa *nullius* de ayer, la propiedad particular de hoy, la que el día de mañana volverá acaso á su condición primitiva, que es la natural.

Así como la propiedad de una cosa se pierde cuando la cosa se destruye, así el derecho reputa por destruído, por aniquilado el objeto de la relación de propiedad, cuando siendo éste un animal fiero, vuelve á su estado de libertad.

Mientras el hombre conserva al animal bajo su poder, tiene un dominio perfecto que se muestra al exterior por una posesión también perfecta. El propietario del animal fiero puede hacer de él lo mismo que de cualquier cosa mueble, venderlo, donarlo, reivindicarlo si le usurpan la propiedad del mismo, etc.

Cuando el animal sale del poder del hombre y vuelve á ve libremente, será si susceptible de apropiación, pero solo medi la ocupación. De aquí que destruída la primitiva relación propiedad, queda también extinguida la de posesión. No pu ser, por tanto, ni más racional ni científico el principio qu

consigna con estas palabras: «Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder.» La cuestión magna del artículo que examinamos consiste en la interpretación exacta de este concepto: *mientras se hallen en nuestro poder*, porque si se interpreta con un espíritu rigorosamente gramatical, apunta una concepción materialista, si se nos permite la frase, que no se compadece con ciertas prescripciones del Código, que toman su jugo de la doctrina posesoria y que miran á la intención más que á la aprehensión, y si se interpreta con un criterio expansivo, nos ponemos en contradicción con la letra del texto legal.

Ihering juzgaba irresolubles muchas cuestiones del derecho civil que la realidad parece complacerse en presentarnos, y ciertamente en la materia de la posesión se encuentran algunas cuya resolución no puede galardonarse con nota de exactitud irrefragable, sino con visos de certidumbre y deseo de acierto.

No es todavía ocasión propicia para explanarlas, y sin precipitarnos en el desarrollo del artículo, sentemos para pasar más adelante el principio de que la posesión de los animales fieros no es sino efecto inmediato de una causa, es á saber: la posibilidad de ejercer sobre ellos nuestra acción.

Creemos que corresponde á nuestro derecho el privilegio de la primacía en haber sentado, al desarrollar la doctrina posesoria, este tan natural y lógico principio, porque rebuscando por los Códigos europeos y americanos, no hemos encontrado disposición análoga, observándose en cambio una rara unanimidad en establecer lo fundamental de la doctrina al tratar de la ocupación. Hacemos excepción del Derecho romano, que en su copiosísima variedad no olvidó ocuparse de los animales como objetos susceptibles de posesión.

Sin duda los Códigos modernos han mirado más á la relación de propiedad que á la de posesión; verdad es que, como dice Savigny, refiriéndose á la ley 3.ª, § 2 °, tít. I, libro 41 del Dig., es el único caso en que la pérdida de la posesión entraña asimismo la pérdida de la propiedad. Comprobemos nuestro aserto. El Código portugués, del mismo modo que el italiano y el de la vecina Nación francesa, al desarrollar la doctrina de la posesión, guardan absoluto silencio respecto de la de los animales fieros y domesticados. Exactamente igual sucede con los Códigos americanos, y así en los de Chile, Méjico y Guatemala, no hallamos una sola

palabra que diga relación al principio que de modo tan categórico consigna nuestro Código.

Como la propiedad y la posesión cuando de los animales fieros se trata, coinciden tan exactamente que solo mediante una abstracción mental, pueden considerarse separadas, porque, según queda dicho, la pérdida de la posesión cuando el animal recobra su libertad primitiva implica de un modo fatal y necesario la pérdida de la propiedad, los Códigos extranjeros han visto en la propiedad lo sustancial de la teoría, y se han abstenido de tratar de la pérdida de la posesión de dichos animales, reduciéndose á sentar los principios cardinales de la pérdida de la propiedad. Así, v. gr., el Código portugués, después de consignar el derecho de adquirir por ocupación, mediante la caza ó la pesca, cualquier animal fiero (art. 384), establece de un modo derivado la doctrina de que el dominio de dichos animales solo se conserva mientras éstos no recuperan su primitiva libertad, expresando en el art. 400 que es lícito á cualquiera apropiarse de los animales fieros que, habiendo tenido dueño, vuelvan á su natural libertad, todo ello sin perjuicio de las lógicas restricciones que impone en previsión muy laudable de varios casos que nuestro Código deja sin resolver.

Y pasando á los Códigos americanos, notamos cómo el de Guatemala, tachado por algunos de excesivamente filosófico, en el tít. V del libro II, destinado á tratar del modo de adquirir el dominio por ocupación ó investigación, después de definir las tres clases de animales bravos, domesticados y domésticos, consigna la doctrina de que los primeros sólo pertenecen al hombre en tanto no recobren su libertad natural (art. 555), y asimismo se observa cómo el de Méjico, en un capítulo especial del título que trata de la propiedad, se ocupa de la *apropiación* de los animales, y desarrolla en los artículos 838 al 854, la misma teoría, que sin reparo podemos calificar de universal, atendida su extensión y generalidad.

Queda demostrado que nuestro Código constituye la excepción; pero excepción justificada y correcta, porque sancionado en el lib. III que se adquieren por la ocupación los bienes apro bles por su naturaleza que carecen de dueño, como los anim que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las c muebles abandonadas, sentado, decimos, este principio gene

simo, nada más natural y científico que llevar á la posesión aquel otro no menos general y reconocido de que los animales fieros sólo se poseen mientras están bajo nuestro poder.

Tan de antiguo las leyes vienen consignando este verdadero axioma jurídico, que si queremos encontrar su abolengo, precisa acudir al Derecho romano, siendo de observar que lo mismo en la legislación del pueblo rey que en la nuestra de los tiempos medios, y singularmente en la de Partidas, que en este punto, como en otros muchos, es perfecto calco de las leyes de Roma, para formar un cuerpo de doctrina que abarque la complexidad que de por sí tiene la materia, hay que tomar, tanto de los títulos cuyo contenido es la adquisición del dominio de las cosas, como de aquellos otros que concretamente se ciñen á la posesión. Tal es la intimidad y compenetración que entre el dominio y la posesión de los animales fieros y domesticados existe.

No extrañen, pues, nuestros lectores que en el desarrollo de que es susceptible este artículo tratemos de casos que más bien encajarían en un capítulo destinado exclusivamente á la apropiación de los animales bravíos. Este capítulo no existe en nuestro Código. En el título destinado á desarrollar la doctrina de la ocupación como uno de los modos adquisitivos del dominio, no se hace más que sentar la regla general de que los animales que son objeto de la caza y pesca se adquieren ocupándolos. No hemos, pues, de encontrar en el curso de nuestra labor de comentaristas lugar más acomodado para estudiar la doctrina de la posesión de los animales bravíos y amansados, y por ende de su apropiación, que este que nos depara el art. 465 que comentamos.

Adquirimos la propiedad de los animales bravíos ó salvajes, originariamente por la ocupación, esto es, por un acto mediante el cual sometemos á nuestra voluntad y poder al animal terrestre, acuático ó volátil, privándolo de su libertad natural. Originariamente la adquisición de esta propiedad exige un acto material, es á saber, la aprehensión, valiéndonos de las artes ó medios inteligentes que en derecho, como en lenguaje vulgar, se denominan caza y pesca.

No hay que olvidar que estamos refiriéndonos á los animales ...s cuya propiedad y posesión están condicionadas por la cua... transitoria del objeto sobre que recaen, y de aquí que exi... un acto material, una aprehensión, para adquirir la pose-

sión de los mismos. Fijémonos en que para que la posesión originaria nazca, es menester que el animal pierda su primitiva y natural libertad. Poseemos, por tanto, contrariando persistentemente la naturaleza del ser poseído, que es de libertad y no de cautiverio. Ahora bien: ¿hay medio humano de arrebatar á un ser animado su libertad, sino mediante un acto material que la destruya? No, ciertamente. Pues bien; á este acto material de ocupación le denominaremos aprehensión, porque no hay término más propio y adecuado. Y pensamos que es de todo punto indiferente que esta aprehensión sea corporal, v. gr., cogiendo el animal, ó que esta aprehensión sea mecánica y sin nuestra presencia, como sucede con el animal cogido en el bosque en un lazo ó cepo preparado de antemano. En una y otra hay siempre que mirar á la intención, alma que vivifica los actos, y no se puede negar que el que tiende lazos en un bosque ó manda á sus dependientes ú operarios que preparen los armadijos, intención tiene de apoderarse de los animales salvajes, arrebatándoles su libertad natural. El cepo ó la trampa no deben considerarse sino como medios que reemplazan nuestra intervención corporal, pero que responden á una idea de aprehensión. En el instante que el animal queda sometido á nuestro poder surge ya la posesión. ¿Por qué? Porque desde entonces es factible la acción de nuestra voluntad, pudiendo ser el animal aprehendido, objeto de cualquiera relación jurídica que tratemos de ejercitar.

Mas si *originariamente* la apropiación del ser bravío no cabe que reconozca por causa sino la ocupación, derivada ó secundariamente, si nos es lícito expresarnos así en beneficio de la mayor claridad, la propiedad y la posesión consiguiente del animal fiero, puede traer su origen de la donación, de la sucesión, del contrato mediante la tradición, de la prescripción y aun del mismo derecho de accesión. *Omnia igitur animalia quae terra, mari coelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres, pisces, capientium fiunt* (1). Todos los animales de la tierra, del mar y del cielo, esto es, las bestias fieras, los peces y las aves, son del que los coge. Y añade Florentino: *vel quae ex his apud nos sunt edita*, esto es, ó los que nacen de los que nosotros tenemos en nuestro poder.

---

(1) Ley 1.ª, § 1, tít. I, lib. 41. Dig.

La posesión, pues, se adquiere por cualquiera de los modos enunciados, habida consideración á que el animal fiero mientras esté privado de su libertad natural y sujeto á nuestro designio, tiene la misma categoría y consideración legal que una cosa mueble cualquiera, y así como ésta puede donarse, heredarse, venderse, etc., así también cabe hacerlo con el animal salvaje.

Lo mismo por la ocupación que por la donación ó la tradición como consecuencia de un contrato, que por la prescripción, la relación de propiedad nace y con ella la de posesión. ¿En qué consiste, pues, la posesión del animal fiero? ¿Acaso en la material aprehensión? No; la aprehensión es uno de los medios por los cuales se gana la posesión; pero no es la misma posesión. Ésta consiste, según nuestro sentir, en la posibilidad de ejercer sobre el animal bravío ó amansado la acción de nuestra voluntad.

Es menester, no obstante, determinar la extensión de la posibilidad para penetrar el sentido del concepto que acabamos de exponer.

De la posibilidad á la imposibilidad hay un largo camino que recorrer, pero dentro del cual caben diferentes estados intermedios que tienen por medida la variabilidad del más ó el menos, según se acerquen á uno ú otro extremo, á lo posible ó á lo imposible. Pero todos estos estados variables y contingentes pueden refundirse para su expresión en un término único. La posibilidad de acción sobre un objeto puede ser *inmediata*, esto es, podemos desde luego ejercitar nuestra voluntad porque dicho objeto se halle á nuestro alcance; así, v. gr., la bestia brava encerrada en la jaula, el pez en la pecera. Esta es la que podríamos llamar posibilidad absoluta. Dentro de la posibilidad inmediata, absoluta, cabe admitir una posibilidad *relativa;* tal sería aquella que tuviéramos sobre un pez en el estanque ó lago de nuestra propiedad, ó sobre la pieza de caza en un coto cercado. El pez, la pieza de caza gozan de libertad; pero, esto no obstante, nuestra voluntad puede extender á ellos su acción, están en nuestra propiedad, es posible asegurar que las estamos poseyendo, porque [illegible]a res ni el pez vagan por campo ó aguas libres.

[illegible]a posibilidad, en la gradación de que es susceptible, puede descender hacia la imposibilidad, pero sin llegar á ésta, originando [illegible] serie que decíamos antes de situaciones variables capaces de [illegible] refundidas en un solo término para su jurídica expresión.

Este término es la posibilidad *mediata*. Entonces la voluntad no recae directa é inmediatamente sobre el objeto de derecho, pero puede recaer, dependiendo esto de la concurrencia de un hecho ó accidente, imposible de calcular en los límites de la previsión humana. Si el animal fiero se escapa de la jaula en que estaba encerrado ó traspone la cerca del parque ó prado en que se encontraba, y le perseguimos, es muy posible que, debido al cansancio del animal, ó á las artes empleadas en su persecución ó á cualquier accidente no previsto, volvamos á recuperarle. Mientras dure la persecución, manteniéndose el animal ante nuestra vista, la posibilidad de recuperarlo crea un estado singular respecto del cual no puede afirmarse rotundamente que la acción de nuestra voluntad sobre el animal perseguido es imposible ni tampoco sostenerse que sea posible, porque depende de una contingencia.

A este estado singular es al que calificamos de posibilidad mediata.

Finalmente, si el animal sale completamente de poder nuestro, si no le perseguimos, ó si, á pesar de perseguirlo, se nos adelanta, le perdemos de vista, entrándose por las quebradas de un peñascal ó por la espesura de un bosque; si, en una palabra, el animal recobra su natural libertad y se pone en condiciones de vagar á su placer, toda la relación de propiedad y posesión queda extinguida.

¿Por qué se considera perdida la posesión? Porque no existe ya la posibilidad de ejercer sobre el animal bravío ó amansado la acción de nuestra libre voluntad. He ahí el otro término: es á saber, la imposibilidad. Ahora se comprenderá claramente el concepto que dimos de este aspecto de la posesión diciendo que consistía en la posibilidad de ejercer sobre el animal bravío ó amansado la acción de nuestra voluntad. Asimismo queda ya determinada cuál es, en nuestro sentir, la extensión de dicha posibilidad.

Estas ideas que dejamos explanadas habremos de tener ocasión más adelante de aplicarlas.

Hemos probado que la posesión del animal fiero, originalmente nace por la ocupación. Tócanos tratar brevísimamente cómo dicha posesión se conserva.

Quidquid autem eorum ceperimus eo usque nostrum esse int

tur, donec nostra custodia coërcetur; quum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit (1). Cualquiera de las cosas que cojamos de las expresadas, se entiende que es nuestra mientras la conservamos en nuestro poder; pero si sale de nuestra *custodia* y recobra su libertad natural, deja de ser nuestra y se hace del que la ocupa por segunda vez.

Este principio del derecho romano es la base cardinal que han adoptado todas las legislaciones, principio indiscutible porque toma su sustancia de la naturaleza de las cosas, y es uno de tantos axiomas que ni demostración necesitan. Generalmente los aforismos del derecho son universales, porque la razón es una, como una es la ciencia.

La disidencia entre los autores, y con ella la diversidad de opiniones, proviene del concepto que cada uno forma de la posesión, al cual tratan de adaptar, acomódese ó no el texto legal. Si todos los hombres tuvieran la facultad de saber expresar fidelísimamente su pensamiento; si los idiomas fueran maleables de tal manera que, privados de su dureza y limitación, reflejaran con exactitud las ideas, la mayor parte de las disputas en el terreno científico habríanse evitado.

Savigny, el autor que consiguió despertar la atención sobre la materia posesoria á virtud de su notable tratado sobre la posesión, afirma, como ya hemos tenido ocasión de observar (2), que no siendo realmente la posesión sino la posibilidad de disponer físicamente de una cosa junto con la convicción que tenemos de este poder, resulta que la adquisición de la posesión exige dos condiciones, un hecho físico y el *animus*. Y añade Savigny que los mismos elementos deben coexistir para la continuación de la posesión, debiendo desaparecer la posesión desde el momento que dicha coexistencia se destruye, bien por la falta del *animus* (elemento moral), bien por la del poder físico (elemento material ó corporal).

Savigny trata á continuación de demostrar, con textos tomados de las leyes romanas, la exactitud de este principio. No nos

---

1) Ley 3.ª, § 2.º, tít. I, lib. 41. Dig.
2) § 29, *Traité de la Possession.*

interesa gran cosa la demostración de Savigny que dice relación al derecho romano, y que sólo como galana erudición podríamos aceptarla al tratar de interpretar rectamente el nuestro novísimo. Mas la enseñanza que obtenemos del pasaje citado de Savigny no debemos desaprovecharla; y si en filosofía del derecho es discutible la necesidad de la coexistencia de la relación corporal y de la relación voluntaria ó espiritual reflejada en el *animus* para la adquisición y subsistencia de la posesión, podemos aceptar la conclusión que irrefragablemente se desprende, ó sea que para la continuación de la posesión se necesita la concurrencia de los mismos elementos que para su adquisición. Siendo esto así, continuaremos en la posesión de un animal bravío mientras exista la posibilidad inmediata ó mediata de ejercitar la acción de nuestra voluntad; tesis esta que es, á nuestro entender, la genuina del Código civil, cuando en el art. 438 establece de un modo categórico que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó *por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad*, etc.

Estudiando Savigny la pérdida de la posesión á consecuencia de un hecho material, vuelve de nuevo á insistir en que la primera condición que se requiere para la continuación de la posesión consiste en una relación física ó, dicho en otros términos, en el mantenimiento de un estado de hecho que permita disponer de la cosa poseída; pero esta facultad de disponer de la cosa no es necesario que sea inmediata y constante como cuando se trata de adquirir la posesión; basta con que esta relación de poder físico sea de tal naturaleza que se halle en estado de renovarse á nuestro albedrío. Ligando estos principios con los concernientes á la pérdida de la posesión, y buscando apoyo legal á esa relación de poder físico (custodia), cita el siguiente texto:

Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri. Idem quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus (1), que interpreta en esta forma: Nerva dice que la conservación de la posesión puede resultar de la *custodia*. El mismo (Nerva) dice que también puede resultar de que al poseedor le sea posible restablecer cuando quiera la det

(1) Ley 3.ª, § 13, Dig. *De poss.*

tación natural (1). Y finalmente, aplica estas reglas á la posesión de los animales, diciendo que los animales salvajes no están en nuestra posesion sino cuando hace ya mucho tiempo que subsisten las medidas tomadas para disponer de ellos (*custodia*). Así, no toda *custodia* es suficiente por sí misma. El que guarda animales salvajes en un parque ó peces en un lago, sin duda alguna ejecuta actos encaminados á conservarlos; pero todavía no depende únicamente de su voluntad apoderarse de aquéllos, sino de circunstancias accidentales. Su posesión no puede, pues, decirse continuada. Otra cosa sucede cuando los peces se hallan en una pecera ó los animales bravíos en un foso ó jaula, puesto que entonces podemos cogerlos cuando queramos.

Esta teoría savigniana sobre la posesión de los animales ha tenido mucha aceptación. En la escasa literatura que del Derecho civil tenemos en nuestro país, Gutiérrez, en sus *Estudios Fundamentales*, ya hacía notar, concordando la ley 3.ª, § 14, tít. II, lib. 41. Digesto (2), con la 18, tít. 30 de la Part. 3.ª: «*Aves ó bestias bravas ó pescados, prendiéndolos ó caçándolos, si despues se fuyeren e salieren de su poder pierde la tenencia dellos aquel que la auia ganado. Esso mismo sería quando los metiesse en algund lugar grande maguer fuesse valladeado o cercado, o si metiessen los pescados en algund estanque o albuhera, como quier que los omes vsen lo contrario,*» que el precepto legal no armonizaba con la práctica.

En la teoría savigniana sobre la continuación de la posesión, tan intimamente enlazada con la de la pérdida de la misma, se necesita una relación física, un elemento material, una posibilidad de inmediata aprehensión. No de otra suerte se explica que Savigny sostenga que no tenemos posesión sobre el pez que nada

---

(1) Ihering adopta la lección del manuscrito Florentino que dice así: *Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus, sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus.*

La lección usada por Savigny, encuéntrase en tres ediciones de París y en la edición de Roma de 1476.

2) *Item feras, bestias, quas vivariis incluserismus, et pisces, quos piscinas coniecerimus, á nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno t, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur á nobis non poseri, quoniam relictae sint in libertate naturali: alioquin, etiamsi s silvam emerit, videri eum omnes feras possidere quod falsum est.*

en nuestro estanque, ó la res que existe en nuestro parque cercado.

Si la teoría fuera exacta, y pudiera extremarse hasta sus últil mas consecuencias, no tendría explicación la ley 55 del Dig. *De adq. rer. dom.*, que, como dice magistralmente Ihering, reconoce la posesión de la caza que ha caído en el lazo aun en la ausencia del cazador. Y por el tenor de la conclusión savigniana, solamente tendríamos la posesión de aquellos animales sobre los cuales de un modo inmediato pudiéramos ejercitar nuestro poder físico, renovando á voluntad la primitiva aprehensión.

Baron pretendía explicar la continuación de la posesión por la persistencia de la *custodia*, doctrina todavía menos admisible que la de Savigny, á pesar de los íntimos puntos de contacto que tiene con la misma.

No creemos que sea necesario para la continuación de la posesión, ni la persistencia de la *custodia*, ni la realidad de un estado de hecho por el cual podamos reproducir inmediatamente y á nuestro albedrío la relación física de aprehensión que con la intención (*animus*) integran los elementos cardinales de la posesión, según Savigny.

Cierto que ni el pez que nada en el estanque, ni el gamo, por ejemplo, que vaga por la heredad acotada, podemos aprehenderlos á nuestro capricho y al primer impulso de nuestra voluntad; pero esto lo único que podría significar es que carecemos en aquel momento de la tenencia material, pero no de la posesión. La posibilidad de reproducir la relación posesoria, consistente en la aprehensión, está en el caso propuesto en razón inversa de la extensión del lago ó del prado. De suerte que si fuera factible ir reduciendo el estanque ó achicando el parque, iría sucesivamente facilitándose la aprehensión. Y he aquí cómo concluiríamos en que la posesión radicaba en un accidente material cual la extensión del bosque ó la capacidad del estanque. Para obtener este resultado vale más pensar con Hothman, que en el texto del Digesto hay que leer *silvis non circunseptis*.

Opinamos, separándonos de la teoría de Savigny, que la posesión de un animal fiero continúa en tanto exista la posibil inmediata ó mediata de ejercitar sobre él la acción de nue voluntad.

Si no tuviéramos la posesión de la res brava que guarda

en nuestro campo cercado de tapiales, tan sólo porque no podemos aprehenderla cuando nos plazca, es decir, al alcance de nuestra mano, para proceder con lógica tendríamos que igualar dicho caso á aquel otro en que la res, saltando el vallado ó saliendo por algún desmoronamiento de la pared que dejase suficiente hueco para la huída, recobrase su libertad primitiva. Sin embargo, la igualación es imposible, porque en el primer caso no perdemos la posesión y en el segundo sí.

Ya hemos visto respecto de los animales fieros las condiciones que son necesarias para continuar en la posesión de los mismos. Hagamos aplicaciones respecto de la pérdida de la posesión.

Así como la posesión de los animales bravíos la podemos adquirir originaria y secundariamente, distinción fundamental que el método rigoroso exige para no incurrir en confusión, de la misma manera, al tratar de la pérdida de su posesión, hay también que admitir estos dos términos cardinales.

Perdemos la posesión de un animal bravío cuando éste recobra por completo su libertad, es decir, cuando por un acto voluntario, negligente ó inevitable dejamos de contrariar persistentemente la tendencia y condición natural de aquél. El acto voluntario por el cual dejáramos al animal bravío que volviese á su primitivo ser, equivaldría al abandono de la cosa, omisión que, como es sabido, por su parentesco con la negligencia, constituye una causa de pérdida de la posesión (art. 460).

También perdemos la posesión del animal fiero por actos conscientes mediante los cuales traspasemos la propiedad que sobre él tengamos. Si permutamos ó vendemos un animal de dicha especie, claro es que por virtud de la tradición que consigo lleva aparejada cualesquiera de los dos contratos dichos, perdemos la posesión. La razón de esto es sencillísima y estriba en que mientras poseemos el animal bravío tenemos sobre él, el mismo derecho que sobre cualquiera cosa mueble inanimada, y empleamos este último vocablo para distinguir de algún modo los semovientes de las demás cosas muebles, ya que el Código ha tenido á bien omitir este último término en la clasificación de las cosas.

De igual manera perdemos la posesión de un animal salvaje por la posesión que sobre el mismo adquiera otra persona, aunque ésta se realice sin que intervenga nuestra voluntad. Y á la in-

versa, pierde la posesión esta persona por la acción reivindicatoria que ejercite el propietario en uso de los derechos que le conceden los artículos 348 y 464 del Código civil.

***

Sabemos ya, mediante la generalización que hemos hecho del precepto contenido en el art. 465, las causas por las cuales se pierde la posesión, así como también hemos estudiado los modos por los cuales se adquiere y conserva; pero todo ello ha revestido un carácter teórico, más propio del dogmatismo de una obra dedicada á estudiar el derecho en sus principios y no cristalizado en las formas regulares del derecho positivo. Vengamos ahora á un terreno práctico, aprovechando las enseñanzas obtenidas.

El artículo objeto de este comentario no es sino una aplicación á la posesión de los animales fieros, de la doctrina establecida para la de las cosas muebles en general en el art. 461. Dícese en éste que la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque ignore accidentalmente su paradero. Repite el artículo que estudiamos que los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen bajo nuestro poder. El lector se hace inmediatamente cargo de la identidad del concepto que informa ambos artículos. Tanto en uno como en otro, la posesión depende de una relación de poder, de una situación de hecho que nos permita valernos de la cosa poseída como medio para la realización del derecho. Por consiguiente, lo primero es proceder á la determinación exacta del concepto *poder* empleado.

El concepto de poder no se funde en una sola resultancia. La palabra poder varía de sentido y significación según el empleo que se haga de la misma. Poder denota facultad de la persona natural ó jurídica para hacer ó no hacer; así, por ejemplo, poder del Estado; poder paterno. Poder, expresa facultad transmitida mediante una forma instrumental, v. gr., poder para pleitos. Poder significa sumisión de una cosa á nuestra voluntad, y en este sentido decimos: «tal cosa está bajo nuestro poder.» Poder, por último, vale tanto como tenencia. Por eso en muchas ocasi repetimos: «este objeto lo conservo en mi poder.» ¿En cu estas significaciones lo emplea el art. 465 al exponer que lo males fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro p

Para obtener una respuesta debemos fijarnos ante todo en la redacción. Nótese que al tratar el art. 461 de la pérdida de la posesión de una cosa mueble en general, deliberadamente ha dicho que la posesión no se pierde mientras se halle *bajo* el poder del poseedor, espiritualizando, por decirlo así, la noción del poder mediante el empleo de aquel concepto que, según hemos visto, significa sumisión de una cosa á nuestra voluntad. Corroboran más nuestra afirmación estas palabras del enunciado artículo, *aunque éste ignore accidentalmente su paradero*, porque si el poseedor desconoce en un determinado momento el paradero de la cosa, y sin embargo sigue poseyéndola, es incuestionable que la ley no exige la tenencia actual. Observemos ahora que el artículo del comentario no emplea la locución *bajo nuestro poder*, sino esta otra: «en nuestro poder».

¿Es deliberado, es consciente este empleo, ó es un resultado de la casualidad? Creemos lo primero. Como ya hemos dicho, la noción de poder que informa tanto este artículo como el 461 es idéntica; pero en el caso que tratamos aparece influída ó condicionada por la irregularidad jurídica de la cosa objeto de la posesión. La relación posesoria es, si cabe expresarse así, mas material cuando de animales fieros se trata que cuando de una cosa mueble inanimada. De aquí que el Código use, á nuestro modo de ver, con exactitud, la locución *en nuestro poder*.

La posesión de una cosa mueble cualquiera puede ser conservada aunque ignoremos accidentalmente su paradero; pero el animal bravo cuyo paradero nos sea ignorado, no podemos afirmar con exactitud que lo estemos poseyendo, porque el desconocimiento en estas circunstancias necesariamente implica su libertad.

En el entretanto contrariemos persistentemente su estado natural, manteniéndole cautivo, estará en nuestro poder, bien en la jaula, bien en el vivero; pero cuando este animal recobre su libertad, entonces podremos rigorosamente afirmar que desconocemos su paradero, y he aquí cómo el desconocimiento supone la pérdida de la posesión. Por esto creemos que los redactores del Código civil, al formular los términos en que está concebido el art. 465, procedieron con cautela, y el empleo de la locución *nuestro poder* fué obra de la discreción y no del azar.

Pero, ¿quiere decir esta frase *en nuestro poder* que la posesión

del animal salvaje sólo la conservamos mientras esté en nuestra tenencia? Es decir, ¿quiere significar aprehensión corporal? Aquí está el problema. Prescindiendo de la incorrección del artículo, que parece dar á entender que los animales fieros, mientras están en nuestro poder sólo son susceptibles de posesión, cuando lo son igualmente de dominio; prescindiendo, decimos, de esta confusa redacción, no hay que materializar hasta el extremo de hacer sinónimos los conceptos de poder y aprehensión corporal. Nosotros opinamos que la significación del artículo objeto de nuestro comentario puede condensarse en estas palabras: «Conservamos la posesión de los animales fieros mientras tanto que no recuperen por completo su libertad, cesando por dicha circunstancia la posibilidad inmediata ó mediata de ejercitar sobre ellos la acción de nuestra voluntad.» Creemos firmemente que, dado el concepto posesorio que late en las páginas del Código español, y sobre todo su tendencia á fomentar el predominio del elemento ético ó moral, esta es la única interpretación que cabe dar al art. 465. Para la perfección de la idea que acabamos de expresar, y que, como habrán notado nuestros lectores, no es más que la aplicación á la letra del artículo, de las doctrinas vertidas en la parte teórica del comentario, réstanos solamente determinar cuándo se entiende que un animal fiero recobra su natural libertad.

El derecho romano, fuente copiosísima de toda previsión jurídica, resolvió la cuestión con el admirable sentido práctico característico de los jurisconsultos de aquella época, y bien puede afirmarse que entonces se pronunció la última palabra acerca del particular.

Dice la ley 5.ª, título I, libro XLI del Digesto (*De adquirendo rerum dominio*): «*Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, quum vel oculos nostros effugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio*, es decir, «mas entiéndese que recibe libertad natural cuando desaparece de nuestra vista, ó si le vemos, nos es muy difícil su persecución.» La legislación alfonsina consigna «que pierden los omes el señorio que auian ganado en las aues o en las bestias saluajes e en los pescados..... lu que salen de su poder e tornan al primer estado en que eran t tes que las prisiessen, e aun pierden el señorio cuando fuyen, e las aluengan tanto que las non pueden ver, e que las vean estar

ellos tan alongados dellas que a duro las podrian prender. E en cada uno de estos casos gana el señorio dellas quien quier que las prende primeramente.»

La ley transcrita, que es la XIX del título XXVIII de la 3.ª Partida, no es otra cosa que una servil copia de la del Digesto, también invocada; pero demuestran ambas leyes de consuno que desde Roma acá se ha considerado perdida la posesión de un animal bravío cuando ha recobrado su libertad ó ha conseguido eludir la persecución de que era objeto, bien colocándose fuera del alcance de la vista de sus perseguidores, ó ya poniéndose en condiciones tales que la persecución fuera dificilísima.

No podemos recusar el testimonio de la historia ni desechar por inútil la claridad que nos suministra para la exacta interpretación del art. 465; antes bien debemos cuidadosamente recoger sus enseñanzas confirmativas de los principios que dejamos sentados.

Hemos dicho que se considera perdida la posesión cuando el animal recobra su libertad natural. Conviene advertir que no toda libertad merece este calificativo: libertad natural, tratándose de un animal bravío, supone la concurrencia de dos elementos necesarios; ausencia de todo obstáculo que le impida vagar á su placer, y medio adecuado á la naturaleza del animal. Así, por ejemplo, si un ejemplar de un parque zoológico, un tigre real, rompiendo las barras de su jaula, ó aprovechando un descuido de los guardianes, empieza á caminar por las calles de la ciudad, aunque los que le persigan le pierdan de vista y no consigan reducirlo, y un tercero lo aprehenda, no por esto podrá decirse que el propietario del parque zoológico perdió la posesión del animal fugitivo, porque ni éste recobró su libertad *natural*, que no consiste en vagar por la ciudad, ni hubo negligencia que presupusiere abandono, sino persecución manifiestamente demostrativa de la intención de conservar la propiedad del tigre.

Pero si este mismo tigre sale al campo, se interna en el bosque y se pone fuera del alcance de los que le persiguen, creemos que entonces cabe fundadamente afirmar que la posesión se ha perdido. El medio adecuado á la naturaleza del animal es un factor el que, en nuestro sentir, no debe prescindirse, porque si es cierto que la cuestión de hecho habrá de surgir, dado que es cuanto menos que imposible reducir la variabilidad de las cosas

á la unidad del precepto, no por esto debemos renunciar á teorizar, acercándonos cuanto esté de nuestra parte al rigorismo científico. Decimos que la cuestión de hecho se producirá porque aun en la hipótesis que hemos planteado de que el tigre saliera al campo, habría precisión de determinar dónde empezaba éste, si á contar de las últimas casas de los arrabales ó á cierta distancia de estas casas, allí donde el despoblado existiere. Entiéndase que hablamos prescindiendo de que se trata de un animal dañino, y por consiguiente, que cualquiera, como medida de seguridad, puede destruirlo en la ciudad ó en el campo.

El medio adecuado al animal varía de extensión, según sea su naturaleza, y esta mayor ó menor extensión proviene de su concordancia ó inconcordancia con el medio apto á la existencia natural del hombre. Así, por ejemplo, el elemento adecuado para las aves ocupa el primer lugar en extensión, porque donde quiera que haya libre espacio pueden aquéllas vagar á su placer, y por tanto el hombre pierde la posesión de un pájaro de naturaleza salvaje cuando éste, quebrantando su cautiverio, tienda el vuelo y se eleve por los aires. La posesión es muy difícil; en la mayor parte de los casos, imposible.

El elemento donde los animales terrestres se agitan es más reducido en extensión y, sobre todo, es él mismo apto físicamente para la vida del hombre. El animal salvaje terrestre puede ser perseguido, y mientras que la persecución continúe no podrá decirse con propiedad que la posesión se ha perdido. El hecho de la posesión, y la intención de continuar en dicha posesión, manifestada por nuestros actos inmediatos, encaminados á dar alcance al animal bravío, crean, mientras estos actos persistan, una situación jurídica que debemos denominar de posesión, porque aún existe la posibilidad mediata evidente de alcanzar y reducir al animal fugitivo.

Por su singularidad manifiesta no puede confundirse este caso con aquel otro de un cazador que levanta una res y estando persiguiéndola otro cazador, da muerte ó hiere al animal perseguido. Y decimos que no puede confundirse, porque en este último ejemplo partimos del supuesto de una res libre, no ocupada toda y en cambio, en el caso primero existe un estado posesorio anterior aún no destruído, por cuanto el animal no ha recobrado su primitiva natural libertad.

He ahí, pues, el término á que nos ha conducido nuestro raciocinio, y véase cuál es el fundamento en que nos hemos apoyado para sostener que á pesar de emplear el Código la locución *en nuestro poder*, no hay que materializarla, de forma que la convirtamos en sinónima de tenencia física.

Con esta interpretación, que estimamos la más racional, no nos apartamos tampoco del clásico derecho castellano formado con elementos indígenas, porque nuestros lectores pueden ver en los precedentes de este artículo la ley 17 del tít. IV, libro III del Fuero Real, allí donde dice: «Y eso mismo mandamos, que si pavones ó ciervos ó otras aves ó bestias que son brauas por natura fuyesen en manera que sean en su salvo, mandamos que se las haya quien las tomase, *si el señor cuyas fueren no va en pos dellas.*»

Por otra parte, si materializamos el concepto de poder de que el art. 465 se vale, no podríamos explicarnos, sin flagelar al Código con tacha de contradicción, las disposiciones que contiene acerca de las abejas. Son éstas salvajes por naturaleza. Ya lo expresó el Derecho romano, *apium quoque natura fera est*, y lo repitieron las Partidas, *abejas son como cosas salvajes*. Siendo esto inconcuso, observemos que el art. 612 concede al propietario de un enjambre de abejas que se volase de su colmena ó árbol de su fundo, el derecho de perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado, pudiendo el poseedor de la finca ocuparlo ó retenerlo solamente cuando el propietario no haya perseguido ó cese de perseguir el enjambre durante dos días consecutivos.

Si el art. 465 hubiese querido expresar con la locución *en nuestro poder* una relación de aprehensión física actual ó presente, sería inexplicable que las abejas, animales fieros por naturaleza, pudiesen ser perseguidos sobre el fundo á que se trasladasen. Precisamente este caso se justifica por una concepción espiritualizada del poder que viene de antaño en nuestra legislación.

Los legisladores que han redactado nuestro Código no se han fijado, sin embargo, en esta buena y clásica tradición y han rendido tributo al Código italiano, trasladando hasta con sus menos detalles el art. 713.

Más correcto el legislador mejicano, establece en el art. 851 que no se entiende que las abejas han abandonado la colmena cuando se han posado en el predio del dueño, ó éste las persi-

gue llevándolas á la vista. Y aun todavía se expresa con más precisión científica el legislador portugués, diciendo (art. 402) que es lícito á cualquiera ocupar los enjambres que primero encontrase: 1.° No siendo perseguidos por el dueño de la colmena de que procediesen. 2.° No habiéndose pasado á predio perteneciente al dueño de la misma colmena ó á cualquier edificio, ó dentro de finca en que no sea permitido cazar. Pero si el enjambre fuese perseguido por el dueño de la colmena, estará obligado el propietario del predio á permitirle que lo recoja ó á pagarle su valor.

En aparente pugna con el art. 612, y contradiciendo nuestro aserto, parece estar el art. 613 al disponer que las palomas, conejos y peces que desde un criadero pasen á otro propiedad de distinto dueño, pertenecen á este último, siempre que no hubiesen sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude. Dicho artículo está literalmente copiado del 462 del Código italiano, cuyo Código atiende para establecer esta doctrina, de un lado a que la propiedad de los dueños de palomares ó criaderos de peces recibe un acrecentamiento que tiene muchos puntos de contacto con una accesión natural, y de otro á la imposibilidad de contrariar el instinto natural de una paloma ó de un pez, que vuela ó nada de un palomar ó criadero á otro inmediato, aparte de que consentir el trabajo de investigación en el vivero ó palomar para averiguar si se encontraba allí el pez ó la paloma fugada, valdría tanto como consentir un atentado contra la propiedad.

El enjambre de abejas no puede equipararse á los peces ó los conejos que se conservan en un criadero. El enjambre, por el hecho de volar de un lado á otro, no cabe reputarlo por ningún concepto accesión del fundo.

El caso idéntico al de las palomas ó peces sería aquel en que una ó varias abejas, pero no un enjambre, penetraran en las colmenas de otro propietario, caso éste naturalmente dificilísimo porque conocida es la subordinación que las abejas guardan entre sí y el orden admirable con que su instinto las guía en la elaboración de los panales.

El propietario del enjambre conserva sobre las abejas, tanto las persiga, el derecho de posesión, lo mismo que sobre otro cualquier animal fiero. Por esto, como hemos tenido ocasión de observar, dice muy bien el Código mejicano que *no se entien*

que las abejas han abandonado las colmenas mientras el dueño las persiga llevándolas á la vista.

El art. 613, aunque aparentemente contradictorio y caprichoso, atiende, como su congénere del Código italiano, á la singular naturaleza de los animales acerca de los cuales legisla; y es que en muchas ocasiones la aspiración irresistible de la razón á moldear los conceptos en la unidad, se ve contrariada por la condición de las cosas, obligando á los legisladores, si quieren concordar la obra de sus afanes con la realidad, á recoger estas variantes, aun sacrificando el rigorismo científico.

La segunda parte del artículo está reducida á declarar que los animales domesticados ó amansados se asimilan á los domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor.

Recordemos que los animales amansados son fieros por naturaleza, y deduzcamos lógicamente que si mientras conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor, se asimilan á los domésticos, en el instante que pierdan esta costumbre hay de nuevo que reputarlos como animales salvajes, susceptibles de apropiación por el primer ocupante.

El artículo que comentamos, para proceder con toda concisión científica, debió prescindir de buscar caracteres similares entre los animales fieros y los domésticos, porque no era esa su incumbencia en la materia posesoria, sino determinar cuándo se entiende extinguida la posesión que tenemos sobre los animales domesticados, así como tuvo buen cuidado de fijar que sólo conservamos la de los animales fieros mientras los tengamos en nuestro poder.

Y de las palabras que el artículo emplea deducimos que sólo conservamos la posesión de los dichos animales, mientras éstos conserven la costumbre de volver á la casa del poseedor. Esta es la misma doctrina que siguió el Derecho romano, ley 5.ª, § 5.º, título I, lib. 41, Dig. *In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra esse intelligantur donec revertendi animum habeant quod si desierint revertendi animum habere desinant nostra esse et fiat ocupatium*; esto e Respecto de los animales que tienen la costumbre de ir y v er, esta regla habrá de observarse: que se considera que son r tros mientras no pierdan la costumbre de volver. Mas si la p llesen dejan de ser nuestros y se hacen del primer ocupante.

Así, análoga regla siguen las Partidas del Rey Sabio. (Ley 23, título XXVIII, Part. 3.ª; véanse los *Precentes legales* de este artículo.)

Nuestro Código civil, que comienza hablando de la posesión de los animales fieros, cambia sin motivo racional aparente y se limita á establecer una asimilación que no viene á cuento en este lugar, y que es por otra parte completamente innecesaria porque lo mismo los animales fieros que los amansados, mientras conservamos su posesión, se equiparan completamente á cualquiera cosa mueble. Los animales domésticos ya de antiguo se consideraban para el efecto de su posesión, como una cosa mueble, hasta tal punto, que el Derecho romano concedía la acción *de furti* contra aquél que se apoderaba de un animal doméstico, aun cuando no se hallare en la casa de su poseedor, si lo hacía con ánimo de lucrarse. De todo ello, lo más donoso es que diciendo el artículo que los animales amansados se equiparan á los domésticos, mientras conserven la costumbre de volver á la casa del poseedor, guarda un mutismo absoluto acerca de estos últimos.

Suplamos de algún modo este silencio. Nuestros lectores recordarán que hemos definido los animales domésticos diciendo que son aquellos que carecen del instinto de vagar libremente, y nacen y se crían en la casa del hombre bajo su poder.

Sobre estos animales tenemos los mismos derechos que sobre cualquiera cosa mueble, y en atención á esta circunstancia, el Código no ha dictado ninguna regla concerniente á su posesión, así como lo ha hecho para los animales fieros, los cuales si mientras se poseen tiene el poseedor sobre ellos análogos derechos que sobre los domésticos, pueden estos derechos de improviso desaparecer porque el animal recobre su primitiva libertad. Como no sucede esto con los animales domésticos, de aquí su igualación en todo á las cosas muebles. Según el artículo, los animales amansados, mientras no vuelvan á su condición natural de fieros, se equiparan á los domésticos.

Y ya no habría más que decir acerca del particular si la duda no asomara traidora por un artículo que en el título destinado á tratar de la ocupación se encuentra. Es éste el ya varias veces citado art. 612, en su último párrafo, que dice como sigue:

«El propietario de animales amansados podrá también

marlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.»

La amplísima generalidad con que el párrafo transcrito aparece redactado, induce á confusión. Casos prácticos vendrán en nuestra ayuda, mejor que áridas consideraciones.

A tiene un animal amansado, por ejemplo, un ciervo, de los cuales dice el Digesto: *Cervos quoque ita quidam mansuetos habent ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat.* Acostumbrado desde cervatillo á ir y tornar al bosque vecino, deja un día de volver; ¿se entenderá desde ese momento perdida la costumbre del animal amansado de regresar á la casa de su poseedor? Aventurado es contestar de un modo categórico á la pregunta, porque si el animal vuelve á los dos días, á pesar de este intervalo, opinamos que la costumbre no puede reputarse perdida. El derecho de Roma buscó una regla para resolver esta duda, y dijo: *intelliguntur autem desiisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint;* pero esta regla es rigorosisima, y en el exclusivismo de su significado natural, el mero hecho de dejar de volver un día sería suficiente para estimar al animal, bravío y susceptible de apropiación por el primer ocupante. Sigamos con nuestro ejemplo: supongamos que el ciervo no vuelve á la casa del poseedor, y que transcurren quince días á contar desde su desaparición.

Un vecino del pueblo va al bosque, ve al ciervo, prepara un cepo, le caza y lleva á su domicilio. ¿Se entenderá en este segundo caso perdida la costumbre del ciervo de volver á la casa de su primitivo poseedor? Ni duda puede caber acerca del particular; quince días de ausencia llevan consigo la presunción de que el animal ha recuperado su primitiva condición y acostmbrádose de nuevo á la vida salvaje á que su naturaleza le arrastra fatalmente. Y si suponemos todavía que el primitivo poseedor del ciervo no hace pesquisas durante esos quince días por el bosque, ni anuncia por pregón en el concejo la fuga del ciervo, ni ofrece recompensa al que de nuevo lo reduzca á cautiverio, podremos decir en consecuencia de tales hechos que el ciervo es un animal bravío, propiedad del primero que lo ocupe. Ese primer ocupante es el vecino que, como hemos dicho, va al bosque, tiende el lazo y coge al fugitivo. Aún no han transcurrido más que diez y ocho

días. ¿Reputaremos legítimo dueño y por tanto legítimo poseedor del ciervo al vecino que lo cazó en el bosque cuando aquél había perdido su condición de amansado? Con sujeción al más estricto derecho, respondemos afirmativamente. Pero he aquí que viene el primitivo dueño del ciervo, aquel de cuya casa se fugó, aquel que ni ordenó pregones, ni inquirió por el bosque, y se lo reclama al cazador; ¿tendrá acción para formular esta demanda? Con sujeción al más rigoroso derecho escrito, hay que absolver esta interrogación también afirmativamente. Porque el art. 612 dice: «El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde *su ocupación* por otro.» Así, en términos absolutos. ¿Es esto lógico? ¿Es esto jurídico? No. El art. 612 y el 465 constituyen una discordancia que suspira ardientemente por la armonía.

El animal amansado no es un producto del instinto como los fieros y domésticos, sino de la costumbre. Su tendencia es de libertad y, frecuentemente, sobreponiéndose el instinto natural á la educación recibida, abandona el animal los hábitos domésticos y vuelve á la vida salvaje de los campos. El art. 465 lo considera mientras conserve la costumbre de volver á la casa del poseedor, asimilado á los animales domésticos. Entonces el art. 612 no tiene una estricta aplicación; 1.°, porque la persona que se apoderase del animal cometería un hurto y el poseedor no tendría la acción civil de reivindicación del animal, sino la acción penal de hurto con la restitución de la cosa hurtada; 2.°, porque el art. 612 habla de un nuevo ocupante, y rigorosamente el hurto no puede estimarse como un acto legítimo de ocupación, toda vez que éste es un medio legal de adquirir y el hurto está penado como un delito. Como vemos, el art. 612 ha sido escrito para regular aquel otro caso en que el animal amansado, habiendo perdido ya la costumbre de volver á la casa del poseedor ó á la guarida de propiedad particular en que habitualmente se recogía, ha podido ser ocupado por otra persona distinta del primitivo dueño.

Nosotros creemos que el animal amansado vuelve á su condición de fiero, y el nuevo ocupante, por el hecho de ocuparlo, se hace completamente suyo (1).

---

(1) Ciñéndose á esta pura concepción jurídica, decía Gayo en *Instituta*, libro II, fragmento 68: *In iis autem animalibus, qu*

No consideramos justa la laxitud empleada por el art. 612, que contradice la doctina posesoria sentada por el art. 465 respecto de los animales fieros, á los cuales se equiparan los amansados así que han perdido la costumbre de volver á la casa del poseedor. Además, dicha laxitud funde, en un caso generalísimo, todas las distinciones que un severo método exige, y con ello, lejos de castigar la negligencia del poseedor y favorecer al diligente que, mediante su trabajo, ocupa un animal bravío, se le otorgan todo género de facilidades para la reivindicación, concediéndole un amplio término de veinte días, que empiezan á contarse desde que un nuevo ocupante entre en la posesión del animal.

El prurito de imitación del Código italiano es la causa generadora de un precepto que, cual el del art. 612, está en nuestras leyes con un carácter ambiguo y sin hueco propio en que ajustar y relacionarse. El Código guatemalteco, ocupándose de los animales amansados, sienta un precepto análogo al del artículo 465 de nuestro Código, pero lo perfecciona notablemente porque dice (art. 544): «Se llaman domesticados los que, sin embargo de ser bravíos por naturaleza, se han acostumbrado á la domesticidad, y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo ó dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y *perdiendo esta costumbre, vuelven á la clase de animales bravíos.* Aun cuando el Código civil español no exprese lo mismo, la deducción que se obtiene del art. 465 es idéntica, y nuestra censura tiene por base la imposibilidad racional de admitir que un animal amansado que ha perdido la costumbre de volver al amparo ó dependencia del hombre, y se reputa bravío, pueda ser reivindicado del que nuevamente lo ocupe por el primer propietario, porque esto es contradecir la doctrina posesoria que rige en punto á los animales fieros ó salvajes. Por eso no nos explicamos científicamente el art. 612 que, aunque correspondiente al título de la ocupación, tiene íntimos puntos de contacto con la materia posesoria.

---

c *uetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cer-*
t *qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam,*
i *i revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant,*
e *nt occupantium, revertendi autem animum videntur desinere ha-*
l *; cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

Derecho civil.—1.° Los animales para su estimación como objeto de derecho se clasifican en bravíos ó salvajes, domesticados ó amansados y domésticos.

a) Son animales bravíos ó salvajes los que tienen el instinto de vagar libremente sin reconocer el imperio del hombre y sin poder ser cogidos sino por la fuerza, bien sean terrestres, volátiles ó acuáticos.

b) Son animales domesticados ó amansados los que siendo bravíos por su instinto, se reducen por la educación á la vista y poder del hombre y adquieren la costumbre de volver á la casa del poseedor ó á las guaridas que se les proporcionen.

c) Son animales domésticos los que nacen y se crían en nuestras casas ó anexos, reconociendo el poder del hombre, y carecen del instinto de vagar libremente.

2.° Adquirimos originariamente la posesión de los animales bravíos por la ocupación mediante las artes que en derecho se conocen con los nombres de caza y pesca.

3.° Adquirimos derivadamente la posesión de estos mismos animales, por todos los medios que se adquiere la posesión de las cosas muebles, esto es, por la ley, la donación, la sucesión, los contratos que llevan consigo tradición, la prescripción y aun el mismo derecho de accesión.

4.° Continuamos en la posesión de los animales bravíos mientras tengamos la posibilidad inmediata ó mediata de ejercitar sobre los mismos la acción de nuestra voluntad.

5.° Perdemos la posesión de dichos animales:

a) Cuando recobran por completo su libertad, es decir, cuando por un acto voluntario, negligente ó inevitable, dejamos de contrariar persistentemente su tendencia y condición natural.

b) Por actos conscientes mediante los cuales traspasemos la propiedad que tengamos sobre los mismos

c) Por la posesión que otra persona adquiera, aunque ésta se realice sin que intervenga nuestra voluntad.

d) Por el hecho de prosperar la acción reivindicatoria que se ejercite en uso de los derechos que conceden los artículos 348 y 464.

6.° Los animales amansados ó domesticados tienen la m consideración legal que los domésticos mientras conserve costumbre de volver á la casa del poseedor.

Si dejaren de volver se entiende que han recobrado su condición natural y siguen la regla de los animales fieros.

7.° Esto no obstante, podrán ser reivindicados por su primitivo dueño en el término de veinte días contados desde que otra persona los ocupe. Transcurridos estos veinte días sin ejercitar el derecho referido, el nuevo ocupante hace suyos los animales ocupados.

ART. 466. El que recupera, conforme á derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio, que la ha disfrutado sin interrupción.

Concordancias.—Análogo al art. 1.951 del proyecto de Código de 1851; igual al 471 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXIX, ley 29.*—Destajase la ganancia que ome comiença de fazer por tiempo, e pierdesse, por desamparar la cosa, o por perder la tenencia della, ante que sea cumplido el tiempo por que la puede ganar, de manera que maguer la cobre despues desso non puede ayuntar el tiempo passado, con lo que es de venir, nin contarlo en vno para poderla ganar por ende; mas de aquel dia en adelante que la cobrare, deue començar a contar de cabo. Otrosi dezimos, que si alguno ouiesse començado a ganar por tiempo cosa agena, que si aquel cuya era, e contra quien la ganaua, le fiziesse emplazar sobrella por carta del rey, o del judgador o por portero o gela ouiesse demandado en juyzio; la ganancia del tiempo que auian començado contra el, destajase, e pierdese por ende. Otrosi dezimos, que si vn ome fuesse debdor de otro, por razon de alguna cosa que le ouiesse a dar, e aquel á quien la deuiesse, estuuiesse tanto tiempo quel non demandasse el debdo, que el otro lo comense a ganar por tiempo, si despues desto renouasse el debdor la deuda que deuiesse, faziendo carta, o fiadura sobre si, o dando dios, o pagando algo por razon de menoscabo, o dando parte del precio, o faziendo alguna otra cosa semejante destas nueua-

mente, despues que lo començo á ganar, destajase e pierdese por ende el tiempo porque la ganaua contra el. Esso mismo seria, si el señor del debdo gelo demandasse delante de amigos, o de auenidores.

COMENTARIO.—La sencillez de la presunción complementaria que en el art. 466 se establece es tal que no requiere aclaraciones.

El precepto del artículo es un esquema del canon jurídico en que se inspira asimismo el art. 459, y como quiera que guarda más estrechas analogías con la doctrina de la prescripción que con la posesoria, propiamente dicha, nos abstenemos de desarrollar en este comentario la teoría que pudiéramos llamar del tiempo intermedio entre una posesión anterior plenamente demostrada, y una posesión actual.

El que recupera, conforme á derecho, una posesión indebidamente perdida, ha tenido que demostrar que en el tiempo en que se le usurpó era poseedor con legítimo derecho. Después de esta probanza, la presunción del tiempo intermedio no se puede rechazar. Compréndase ahora la analogía que media entre el artículo 466 y el 459 y la exactitud con que antes hemos afirmado que uno y otro no son sino modalidades de un mismo principio.

BIOLOGÍA DE LA POSESIÓN

NACIMIENTO

La posesión se adquiere. (Art 438.)	Por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído: por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad y por los actos propios y formalidades establecidas para adquirir tal derecho; pudiendo adquirirse bien por la misma persona que va á disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno, desde el momento en que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique. (Art. 439.)

Modalidades de la posesión.

Por su naturaleza jurídica.....	Natural ó tenencia de una cosa ó disfrute de un derecho por una persona, y civil, ó sea la misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos. (Art. 430.)
Por el concepto en que se ejerce.....	En el de dueño ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona. (Art. 432.)
Por la cualidad del poseedor..	De buena fe, ó sea por ignorar el vicio existente con el título ó modo de adquirir, y de mala fe, ó sea cuando se posee conociendo el vicio. (Art. 433)

Presunciones defensivas de la posesión.

Integrales.

a) Referentes á la posesión en su totalidad.

1.ª Presunción de la buena fe á favor de todo poseedor, mientras no se pruebe lo contrario. (Artículo 433)

2.ª Presunción de la continuidad de la buena fe inicial ú originaria, salvo la prueba de la mala fe posterior. (Art. 435.)

3.ª Presunción del disfrute de la posesión en el mismo concepto en que se adquirió, en tanto no se demuestre lo contrario. (Art. 436.)

4.ª Presunción de no entenderse perdida la posesión de la cosa mueble mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero. (Art 461.)

b) Referente á un concepto especial posesorio.

Presunción de poseer con justo título el que posee en concepto de dueño. (Art. 448.)

Complementarias.

Presunción á favor del poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, de haber poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario (Art. 459.)

Presunción á favor del que recupera, conforme á derecho, la posesión indebidamente perdida, de que ha disfrutado de ella sin interrupción para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio. (Art. 466.)

VIDA

Derechos del poseedor.

Disposiciones generales.

Hacer suyos los frutos percibidos mientras no sea legalmente interrumpida la posesión. (Art. 451.)
Ser indemnizado, en el caso de hallarse pendientes algunos frutos naturales ó industriales al tiempo de cesar la buena fe, de los gastos que hubiese hecho para la producción; percibir la parte del producto líquido de la cosecha, proporcional al tiempo de su posesión. (Art. 452, § 1.°.)
Retener la cosa hasta que se le satisfagan los gastos necesarios. (Art. 453, § 1.°.)
Ser indemnizado de los gastos útiles, con facultad de retener la cosa hasta que se le abonen. (Art. 453, § 1.°)
Retirar las mejoras de lujo y recreo que haya introducido en la cosa poseída, siempre que ésta no sufra deterioro ó el vencedor en la posesión prefiera hacerlas suyas, indemnizándole el importe de lo gastado. (Artículo 454.)

Poseedor de mala fe.

Retirar los objetos en que se hayan invertido los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo, siempre que no sufra deterioro la cosa poseída y el vencedor en la posesión no prefiera quedarse con ellos, abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión. (Art. 455.)

Obligaciones.

Poseedor de buena fe.

Contribuir, en el caso de que estén los frutos pendientes al tiempo de cesar la buena fe, al levantamiento de las cargas en proporción al tiempo de la posesión. (Art 452.)
Responder del deterioro ó pérdida de la cosa poseída en el caso de que haya poseído con dolo. (Art 457.)

Poseedor de mala fe.

Abonar los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiese podido percibir. (Art. 455.)
Responder del deterioro ó pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor, cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa poseída al poseedor legítimo. (Art. 457.)

EXTINCIÓN

La posesión se extingue. (Artículo 460.)
1.° Abandono de la cosa.
2.° Cesión hecha á otra persona por título oneroso ó gratuíto.
3.° Destrucción ó pérdida total de la cosa, ó quedar ésta fuera del comercio.
4.° Posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión dura más de un año.

APÉNDICES

1.º (Art. 430.)

a) Inscripción posesoria de bienes del Estado.

Ley de Presupuestos de 5 de Agosto de 1893.—Inscripción de posesión de bienes del Estado.

Art. 42. Las inscripciones de posesión de los bienes del Estado no perjudicarán á éste si los interesados no diesen previo conocimiento de ellas á la Autoridad económica de la provincia.

Los Registradores de la propiedad no harán estas inscripciones sin la presentación del recibo de la notificación expedida por la Autoridad competente, el cual quedará en su archivo después de anotado en aquéllos.

Se reputarán, no obstante, legítimos poseedores de estos bienes, y tendrán el derecho á que se les adjudique administrativamente, los que por sí propios ó por sus ascendientes, descendientes, cónyuges ó colaterales, hasta el tercer grado, los hubiesen reducido á cultivo y cultivado normalmente con diez años de anterioridad á la fecha de esta ley sin ser interrumpido en su posesión.

En ningún caso podrá adjudicarse á cada individuo por su propio derecho ó por la representación que ostente mayor extensión de terreno que la de diez hectáreas, aunque fuese superior solicitada y cultivada.

La adjudicación se hará mediante un canon, pagadero durante diez años, de 6 por 100 del valor actual de la finca adjudicada.

Para la comprobación de este valor y de las demás circunstancias que han de concurrir en los casos á que se aplique este precepto, así como para evitar que en los expedientes de que se trata se lastimen derechos de tercero, el Gobierno dictará los Reglamentos necesarios.

El plazo para solicitar la adjudicación administrativa de que se trata, durará seis meses y empezará á contarse desde el momento en que los Reglamentos hubieren sido formulados.

El Estado podrá usar contra los adjudicatarios el derecho que otorga á los censualistas el art. 1.664 del Código civil. *(Gaceta* de 6 de Agosto de ídem.)

Real decreto de 26 de Agosto de 1893.—Legislación de la posesión de terrenos desamortizables roturados (1).

EXPOSICIÓN

SEÑORA: El art. 42 de la ley de Presupuestos contiene preceptos recogidos de anteriores trabajos legislativos que otorgaron el derecho de legitimar la posesión mediante un canon módico á quienes por sí propios, ó por sus ascendientes, descendientes, cónyuges ó colaterales, hasta el tercer grado, hubiesen reducido á cultivo y cultivado normalmente por diez años, á lo menos, terrenos desamortizables, no exceptuados de la venta. Encomendada por la ley al Gobierno de V. M. la reglamentación del ejercicio de ese derecho, cree llegado el caso de dictar las disposiciones necesarias para que el Tesoro y los particulares recojan los beneficios que la legitimación de la posesión de tales terrenos debe producir, así como para hacer imposible en adelante que los que en el plazo de seis meses no la legitimen, obtengan su inscripción en el Registro de la propiedad, en perjuicio del Estado.

Fundado en estas consideraciones, el Ministro que suscribe, de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene el honor de someter á la aprobación de V. M. el adjunto proyecto de decreto.

Madrid, 26 de Agosto de 1893.—SEÑORA.—A L. R. P. de V. *Germán Gamazo.*

---

(1) Rectificada conforme á la disposición de 1.° de Septie. de 1893.

REAL DECRETO

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino, á propuesta del Ministro de Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Ministros,

Vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° Los roturadores de terrenos desamortizables no exceptuados de la venta por la legislación vigente que carezcan de título de las tierras que llevan en cultivo, podrán obtener la legitimación de su posesión y la inscripción de ésta en el Registro de la propiedad mediante adjudicación administrativa que les será otorgada con tal de que reúnan las circustancias que determina el art. 42 de la ley de Presupuestos de 5 del actual.

Art. 2.° Se considerarán como tales roturadores para los efectos del artículo anterior los que acrediten haber reducido al cultivo y cultivado normalmente las tierras durante un período por lo menos de diez años consecutivos, bien sea por sí mismos ó por sus ascendientes, descendientes, cónyuges ó colaterales, hasta el tercer grado, sin haber sido interrumpidos en la posesión de que actualmente disfruten.

Art. 3.° Los que se crean con derecho para solicitar la mencionada adjudicación administrativa presentarán sus solicitudes en la Administración de Hacienda de la provincia donde radique la finca, dentro precisamente del plazo de seis meses, contados desde los veinte días siguientes á la publicación de este Real decreto en la *Gaceta de Madrid*.

Art. 4.° No será preciso acompañar á las solicitudes documento alguno, á reserva de presentar las pruebas determinadas en este Real decreto cuando las oficinas de Hacienda las reclamen. En dichas solicitudes habrá de expresarse necesariamente el nombre del pueblo, sitio en que radica el terreno, determinándolo con sus linderos y expresando si tiene servidumbres públicas ó privadas, así como la cabida, que, para los efectos de la concesión, no podrá exceder de 10 hectáreas, aun cuando sea yor la extensión del terreno cultivado. Sin embargo, si fuera yor y viniera cultivándose por la misma familia, podrán los ividuos de ésta solicitar en una sola instancia, ó en varias, se acumularán para su tramitación, la adjudicación total de nca en parcelas que no excedan cada una de 10 hectáreas,

siempre que el roturador primitivo fuese ascendiente común de los solicitantes. En todo caso serán preferidos para obtener la concesión de las 10 hectáreas los parientes de línea y grado más próximos al causante común.

Art. 5.° Durante el plazo de seis meses, de que trata el artículo 3.°, los Administradores de Hacienda publicarán en los *Boletines Oficiales* una «Relación mensual de las solicitudes de legitimación de posesión de terrenos» presentadas en el mes anterior, consignando necesariamente en ella las siguientes casillas ó conceptos: nombre del solicitante, pueblo donde radica la finca, sitio, pago ó lugar en que se halle, cabida, linderos, servidumbres públicas ó privadas y entidad ó persona que tenga á su favor la servidumbre.

Un ejemplar del *Boletín* se remitirá con oficio por el Administrador de Hacienda de la provincia á los Alcaldes de los pueblos donde radiquen las fincas, exigiéndoles acuse de recibo y ordenándoles que den á la solicitud la publicidad conveniente por los medios usados en la localidad.

Art. 6.° Si en el plazo improrrogable de un mes, contado desde la publicación del anuncio, se presentase oposición, se dará vista de ella al solicitante; y si de su contestación surgiera una contienda de carácter civil, se suspenderá el curso del expediente por tres meses, durante los cuales acreditará el opositor haberle sido admitida la demanda.

Transcurridos esos tres meses, ó dictada sentencia ejecutoria en el pleito, continuará la tramitación conforme al art. 8.°

Art. 7.° Si no se presentase oposición, ó la que se formulase estuviere fundada en derechos de índole administrativa, se continuará también la tramitación del asunto, resolviéndose, ante todo, en el segundo caso, acerca del derecho alegado por el tercer opositor.

Art. 8.° Llegado el caso de continuar la tramitación, la Administración de Hacienda fijará por providencia, que se notificará debidamente al solicitante, un plazo de dos meses para que presente las pruebas de su derecho á la legitimación de la posesión del terreno.

Art. 9.° El parentesco con el roturador, cuando no sea [illegible] que pida la adjudicación, se justificará con partidas sacramentales ó del Registro civil, según la época á que se refieran, [illegible]

damente legalizadas cuando la parroquia ó el Registro que las haya expedido pertenezcan á provincia distinta de aquella donde se tramita la solicitud.

Art. 10. La posesión de diez años, el hecho de no haber sido interrumpida por nadie, la índole y naturaleza de las reclamaciones, si contra ellas se hubiesen formulado algunas, y la contribución que por el terreno se haya satisfecho, así como la procedencia de éste, se acreditará documentalmente presentando recibos de contribución, testimonios ó justificaciones de los Juzgados, Registros y Archivos donde consten los antecedentes necesarios, y una certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento del pueblo en cuyo término radique el terreno, con referencia á los amillaramientos, repartos de la contribución y demás datos que puedan existir en el Municipio.

Art. 11. Para completar la justificación presentada por el interesado, cuando la Administración no la estime bastante, podrá exigir que practique una información de testigos sobre los hechos que no se consideren suficientemente acreditados. Esa información se practicará con citación del Fiscal ante el Juzgado municipal del pueblo donde radique la finca.

Art. 12. Presentados los referidos justificantes, la Administración de Hacienda nombrará un perito para que, con citación del Alcalde, de los propietarios colindantes y del peticionario, quien podrá, si lo estima, nombrar otro perito, se haga el deslinde, medición y tasación del terreno solicitado y separadamente de la extensión mayor de 10 hectáreas que pueda hallarse cultivada. En caso de discordia entre los peritos, la Administración de Hacienda nombrará un Inspector técnico que ejecute por sí la referida operación.

Art. 13. El resultado del reconocimiento y aprecio pericial se consignará en un acta firmada por todos los concurrentes. Se consignarán, pero no surtirán efecto alguno, las protestas opuestas al derecho ejercitado por el solicitante para legitimar su posesión, resolviendo únicamente la Administración sobre las de propietarios colindantes acerca del punto concreto del deslinde.

Art. 14. El deslinde y su tasación en venta y renta, que según el art. 12 habrá de hacerse respecto del terreno mayor de 10 hectáreas que resulte hallarse culturado, servirá de base para el

anuncio de su enajenación en subasta, la cual deberá realizarse desde luego, sin perjuicio de resolver el expediente de legitimación de posesión de las 10 hectáreas.

Art. 15. Recibida en las oficinas de Hacienda el acta de tasación de las 10 hectáreas que pueden concederse, se practicará la liquidación del canon de 6 por 100 del valor en venta de la finca, que el adjudicatario habrá de satisfacer durante diez años; y después de informar la Administración de Hacienda, la Intervención y el Abogado del Estado, se elevará el expediente á la Superioridad para su resolución.

Art. 16. Acordada la adjudicación, se notificará al interesado para que dentro de quince días satisfaga la primera anualidad y suscriba los pagarés por las nueve restantes. Podrá anticipar el pago de esas anualidades en igual forma que pueden hacerlo los compradores de bienes desamortizados.

Art. 17. Verificado el pago del primer plazo, el Delegado de Hacienda expedirá por duplicado la certificación de que trata el artículo 8.° del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, certificando, además, en ella, la adjudicación hecha por el Estado, en virtud del art. 42 de la ley de Presupuestos de 5 de Agosto corriente, á fin de que se inscriba por el Registrador la posesión á favor del adjudicatario. Según lo dispuesto en el art. 2.°, núm. 6.° de la ley Hipotecaria, la referida certificación será título inscribible del derecho del Estado y del que éste transmite al adjudicatario. Se expresarán en ella, con la mayor exactitud y prolijidad, el término municipal, el pago, el partido ó el nombre con que fuese conocido el lugar en que se halle la finca, sus linderos por los cuatro puntos cardinales, prefiriendo los que estuviesen señalados con límites naturales ó artificiales á la simple designación de los nombres de los dueños de los predios contiguos, y la cabida ó la extensión del terreno, señalándola según el sistema métrico decimal. También se expresarán con exactitud ó al menos aproximadamente, el tiempo de posesión del terreno que el Estado ó la Corporación á quien perteneció haya llevado, y el que lleven el adjudicatario ó los individuos de su fa[illegible] causantes de su derecho. Bajo la responsabilidad del Delegad[illegible] Hacienda que expida la certificación por los perjuicios que d[illegible] omisión puedan originarse al Estado, se consignará en aquél condición de que la adjudicación del terreno se hace á perp[illegible]

dad, mediante el pago del precio, cuyo importe se expresará en un plazo ya satisfecho y otros nueve más, cuyos vencimientos se fijarán, y que la falta de pago de uno ó varios plazos atribuye al Estado el derecho que otorga á los censualistas el art. 1.664 del Código civil.

Art. 18. Al concesionario que lo solicite se le otorgará por el Delegado de Hacienda escritura de adjudicación á perpetuidad del terreno concedido, bajo la condición mencionada al final del artículo anterior. Los gastos de escritura, tasación de la porción de terreno concedido, inscripción en el Registro de la propiedad, serán de cuenta del concesionario.

Art. 19. La adjudicación transmite á perpetuidad el pleno dominio, mediante el pago de precio; pero mientras éste no se halle satisfecho totalmente se aplicarán á las relaciones jurídicas resultantes de la adjudicación las disposiciones del art. 1.664 del Código civil referentes á los censos reservativos. En su virtud, la Administración obligará al deudor de una ó varias anualidades á abandonar la finca; y si en el acto de ser requeridos para ello, ó en un plazo de quince días posteriores al requerimiento, el que obtuvo la adjudicación ó su causahabiente legítimo quisiesen efectuar la redención del censo conforme al citado art. 1.664 del Código civil, esta redención habrán de hacerla pagando íntegramente, de una sola vez, el plazo debido y los restantes.

Art. 20. Los Registradores de la propiedad no inscribirán las informaciones de posesión de fincas que según los libros del Registro procedan del Estado ó de Corporaciones cuyos bienes estén comprendidos en las leyes desamortizadoras, ni tampoco las informaciones de posesión de finca que linden por algún lado con otra del Estado ó de dichas Corporaciones, sin que, en uno y otro caso, los interesados acompañen al título que pretendan inscribir un recibo de la Delegación de Hacienda que acredite que se le ha dado conocimiento del documento.

Art. 21. Las inscripciones de posesión que se realizaren sin ese requisito no perjudicarán los derechos que el Estado pueda te[illegible]á los bienes objeto de la inscripción, y los Registradores q[illegible]ontravengan á lo dispuesto en el art. 42 de la vigente ley de P[illegible]puestos y en este Real decreto, quedarán sujetos á la res[illegible]abilidad que establece el art. 317 de la ley Hipotecaria.

22. Transcurrido el plazo de seis meses que fija el art. 3.°

de este Real decreto, se procederá á ejercitar con el mayor rigor la acción investigadora contra los poseedores de bienes desamortizables que no hayan solicitado la legitimación de su posesión. (*Gaceta* de 31 de Agosto de 1893.)

b) Informaciones posesorias.

Legislación.

Ley Hipotecaria (1).

Art. 397. El propietario que careciese de título de dominio escrito, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión ante el Tribunal de partido del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del Fiscal del mismo si tratare de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario ó la de los demás partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real.

Si los bienes estuviesen situados en pueblo ó término donde no resida el Tribunal del partido, podrá hacerse dicha información ante el Juez municipal respectivo, con audiencia del Fiscal municipal, en todos los casos en que debería ser oído el Fiscal del partido.

La intervención del Ministerio fiscal se limitará á procurar que se guarden en el expediente las formas de la ley.

Art. 398. En la instrucción del expediente á que se refiere el precedente artículo, se observarán las siguientes reglas:

Primera. El escrito en que se pida la admisión de la información expresará:

1.° La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre, número y cargas reales de la finca cuya posesión se trate de acreditar.

2.° La especie legal, valor, condiciones y cargas del derecho real de cuya posesión se trate, y la naturaleza, situación, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual estuviere aquél impuesto.

3.° El nombre y apellidos de la persona de quien [illegible] ya adquirido el inmueble ó derecho.

4.° Tiempo que se llevare de posesión.

---

(1) Conforme á la ley de 17 de Julio de 1877.

5.° La circunstancia de no existir título escrito, ó de no ser fácil hallarlo en el caso de que exista.

Segunda. La información se verificará con dos ó más testigos, vecinos propietarios del pueblo ó término municipal en que estuvieren situados los bienes.

Tercera. Los testigos justificarán tener las cualidades expresadas en la anterior regla, presentando los documentos que las acrediten.

Contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio, el que promueva el expediente y al tiempo que haya durado la posesión, y serán responsables de los perjuicios que puedan causar con la inexactitud de sus deposiciones.

Cuarta. El que trate de inscribir su posesión presentará una certificación del Alcalde del pueblo, en cuyo término municipal radiquen los bienes, autorizada además por el Regidor Síndico y el Secretario del Ayuntamiento; y si alguno de los dos primeros no supiese firmar, lo hará por él, otro individuo del Municipio. En esta certificación se expresará claramente, con referencia á los amillaramientos, catastros ú otros datos de las oficinas municipales, que el interesado paga la contribución á título de dueño, determinándose la cantidad en que contribuye cada finca, si constase; y no siendo así, se manifestará únicamente que todas ellas se tuvieron en cuenta al fijar la última cuota de contribución que se hubiese repartido.

En los pueblos en que existan Comisiones especiales para la evaluación de la riqueza inmueble y repartimiento de la contribución, deberá acudirse á las mismas para obtener la certificación á que se refiere el anterior párrafo, la cual se firmará por el Presidente y Secretario y por el Regidor Síndico del Ayuntamiento si perteneciere á dichas Comisiones.

Si no hubiera pagado ningún trimestre de contribución por ser su adquisición reciente, se dará conocimiento del expediente á la persona de quien proceda el inmueble ó á sus herederos, á fin de que manifiesten si tienen algo que oponer á su inscripción.

Si el que la solicita fuese heredero del anterior poseedor, presentará el último recibo de contribución que éste haya satisfecho ú otro documento que acredite el pago.

Quinta. Si el partícipe en la propiedad ó en los derechos de una finca que deba ser citado estuviere ausente, el Juzgado ó el

Tribunal le señalará para comparecer, por sí ó por medio de apoderado, el término que juzgue necesario según la distancia.

Si se ignorase su paradero ó si transcurrido dicho término no compareciese el citado, el Juzgado ó el Tribunal aprobará el expediente y mandará hacer la inscripción del derecho sin perjuicio del que corresponde á dicho partícipe, expresándose que éste no ha sido oído en la información.

La inscripción, en tal caso, expresará también dicha circunstancia.

Sexta. Cualquiera que se crea con derecho á los bienes cuya inscripción se solicita, mediante información de posesión, podrá alegarlo ante el Tribunal competente en juicio ordinario.

La interposición de esta demanda y su inscripción en el Registro, suspenderán el curso del expediente de información y la inscripción del mismo si estuviere ya concluído y aprobado.

Art. 399. Siendo suficiente la información practicada en la forma prevenida en el anterior artículo, y no habiendo oposición de parte legítima, ó siendo desestimada la que se hubiere hecho, el Tribunal aprobará el expediente y mandará extender en el Registro la inscripción solicitada, sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

El poseedor que haya obtenido la providencia expresada en el párrafo anterior, presentará en el Registro el expediente original que deberá habérsele entregado para este efecto, y solicitará en su virtud la inscripción correspondiente.

La inscripción que se haga expresará todas las circunstancias referidas en la regla 1.ª del art. 398, y además los nombres de los testigos que hayan declarado, el resultado de sus declaraciones, el de las demás diligencias practicadas en el expediente, la opinión del Ministerio Fiscal y las circunstancias peculiares de la inscripción, según su especie, en cuanto constaren del mismo expediente.

Art. 402. Los Registradores, antes de inscribir alguna finca ó derecho en virtud de las informaciones prescritas en los artículos 397, 398 y 399, ó de las certificaciones á que se refieren los dos precedentes, examinarán cuidadosamente el registro, para averiguar si hay en él algún asiento relativo al mismo inmueble que pueda quedar total ó parcialmente cancelado por c e-cuencia de la misma inscripción.

Si hallaren algún asiento de adquisición de dominio r i-

celado, que esté en contradicción con el hecho de la posesión justificada por la información judicial, suspenderán la inscripción, harán anotación preventiva si la solicita el interesado, y remitirán copia de dicho asiento al Juez ó al Tribunal que haya aprobado la información.

El Juez ó Tribunal, en su vista, comunicará el expediente á la persona que por dicho asiento pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y con su audiencia confirmará ó revocará el auto de aprobación, dando conocimiento en todo caso de la providencia que recayere al Registrador, á fin de que en su vista lleve á efecto la inscripción, ó cancele la anotación preventiva.

Si en el caso del párrafo primero se hubiere solicitado la inscripción de posesión en virtud de certificación, el Registrador la denegará y devolverá el documento al interesado, á fin de que si quiere promueva el recurso gubernativo ó judicial, ó solicite la cancelación del asiento de dominio, si fuere procedente (1).

Si el Registrador hallare algún asiento no cancelado de censo, hipoteca ó cualquier derecho real impuesto sobre la finca que ha de ser inscrita, procederá á la inscripción de posesión solicitada, ya sea en virtud de información judicial ó de certificación; pero deberá hacer en ella mención de dicho asiento.

Art. 403. Las inscripciones de posesión expresarán el procedimiento que se hubiere adoptado para verificarlas, y surtirán todas el mismo efecto legal.

El tiempo de posesión que se haga constar en dichas inscripciones como transcurrido, cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripción que no requiera justo título, á menos que aquel á quien ésta perjudique no lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo de posesión con arreglo al derecho común.

Las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha; pero solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesión.

La inscripción de posesión no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito. Entre las partes surtirá efecto la posesión desde que deba producirlo conforme al derecho común.

---

(1) Suprimido el párrafo 4.° del art. 402 por la ley de 17 de julio de 1877.

Lo dispuesto en los anteriores artículos sobre las inscripciones de posesión, no será aplicable al derecho hipotecario, el cual no podrá inscribirse sino mediante la presentación del título escrito.

Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria.

Art. 326. Se entenderá que carece de título escrito para el efecto de inscribir su posesión, con arreglo á los artículos 397 y siguientes de la ley, no sólo el que realmente no posea dicho título, sino también el propietario que, teniéndolo, no pueda reclamar inmediatamente su inscripción, por haberlo de traer de punto distante del lugar en que deba hacerla, ó por cualquiera otra causa que le obligue á dilatar su presentación. Esta circunstancia podrá hacerse constar en el expediente y en la misma inscripción.

Art. 327. En el expediente para acreditar la posesión no se podrá exigir del que lo promueva que presente el título de adquisición de la finca ó derecho, ni se admitirá otra oposición de parte interesada que la que se contraiga exclusivamente al hecho de poseer en nombre propio; la cuestión de derecho no podrá ventilarse sino en juicio ordinario.

Art. 328. Los expedientes judiciales de posesión á que se refiere el art. 397 de la ley, se autorizarán por el Secretario del Tribunal ó del Juzgado municipal, ante el cual se instruyan, y una vez terminados se entregarán al interesado para que con ellos pueda presentarse á pedir la correspondiente inscripción en el Registro. Efectuada ésta, se archivarán en el del Tribunal ó Juzgado que los hubiere instruído, expidiéndose á los interesados las copias ó testimonios que lo solicitaren.

Art. 329. Los expedientes judiciales de posesión que tuvieren por objeto la inscripción de una finca ó de varias, cuando el valor de todas ellas no exceda de 500 pesetas, devengarán derechos judiciales fijos en la forma siguiente:

	Pesetas.
Por la finca ó fincas cuyo valor no exceda de 50 pesetas.	2
Por aquellas cuyo valor, excediendo de 50 pesetas, no pase de 100.....	4
Por aquellas cuyo valor, excediendo de 100 pesetas, no pase de 250.....	
Por aquellas cuyo valor, excediendo de 250 pesetas, no pase de 500.....	

Cuando el valor de las fincas exceda de 500 pesetas, se pagarán los derechos con arreglo al Arancel judicial.

Los derechos que se devenguen en dichos expedientes cuando fueren instruídos en los Juzgados Municipales, se distribuirán por mitad entre los Jueces y los Secretarios de los mismos.

Art. 330. Siempre que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo anterior respecto á la cuantía de derechos, lo pedirá el interesado, acompañando á su solicitud una relación jurada, en que se exprese el valor de cada una de las fincas. Si éste se hubiere disminuído con perjuicio de los funcionarios á quienes corresponda la percepción de los derechos, podrán éstos hacer las reclamaciones que estimen justas ante quien corresponda; pero sin suspender la práctica de la información solicitada.

Art. 331. Cuando hubiere oposición de tercero, relativa al hecho de la posesión, se pagarán las costas de este incidente por quien corresponda, con arreglo al Arancel, sin perjuicio de exigir por todas las demás actuaciones los derechos establecidos en el artículo 329.

En todos los expedientes de esta clase se usará el papel del sello de 50 céntimos de peseta.

Art. 332. Cuando el hecho de la posesión justificada por expediente judicial ó en virtud de certificación gubernativa, esté en contradicción con otra posesión ya inscrita, los Registradores no negarán ni suspenderán la inscripción de la primera; pero al hacerla, además de mencionar la circunstancia prevenida en el artículo 35 del Reglamento, lo harán de hallarse inscrita otra posesión contradictoria, y al margen de la inscripción de ésta, pondrán una nota en que se indique brevemente la inscripción segunda.

Art. 333. Las inscripciones que deban verificarse para acreditar el dominio y la posesión, que se hayan justificado por los medios establecidos en el art. 397 y siguientes de la ley, se acomodarán á las reglas que para las inscripciones en general determina la ley y este Reglamento, y además expresarán las circunstancias particulares que convengan á cada caso, según resultan de los documentos presentados al Registro para obtener la inscripción.

Real decreto de 20 de Mayo de 1878.—Informaciones posesorias.

Artículo 1.° Con arreglo al art. 1.° de la ley de 17 de Julio de 1877, para inscribir la adquisición de bienes raíces ó derechos reales por título de herencia intestada, se presentará en el Registro de la propiedad en que haya de hacerse la inscripción el testimonio de la sentencia ejecutoria de declaración de heredero, dictada previos los trámites señalados en los artículos 368 al 375 de la ley de Enjuiciamiento civil.

No obstante, los que sucedan *abintestato* á sus parientes legítimos en la línea recta, cualquiera que sea la cuantía de la herencia, y á sus colaterales dentro del cuarto grado cuando no exceda de 2.000 pesetas el valor de los inmuebles adjudicados al mayor interesado, podrán obtener, con arreglo á dicha ley, la inscripción, presentando testimonio de la sentencia ejecutoria dictada en virtud de información judicial practicada con audiencia del Ministerio público, sin necesidad del trámite relativo á la publicación de los edictos.

La justificación de la cuantía se practicará al mismo tiempo que la expresada información, y será Juez competente para conocer de ésta el que determina la regla 16 del art. 309 de la ley provisional sobre organización del Poder judicial.

Art. 2.° Habiendo quedado derogados los artículos 400 y 401 de la ley Hipotecaria por el 6.° de la citada ley de 17 de Julio, los Registradores no admitirán á inscripción las certificaciones de que tratan aquellos artículos, cualquiera que sea la fecha en que aparezcan extendidas, exceptuando tan sólo las que á la publicación de dicha ley se hallaban pendientes de inscripción.

Art. 3.° Conforme á lo dispuesto en el art. 6.° de la mencionada ley, el propietario que careciese de título escrito sólo podrá justificar la posesión, para el efecto de inscribir su derecho, por medio del oportuno expediente instruído con sujeción á los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria, con la única excepción de lo prescrito en la regla 4.ª de este último; debiendo presentar en dicho expediente, en sustitución del recibo de la contribu prevenido en el primer párrafo de aquella regla, la certifica del Alcalde ó de la Comisión de evaluación en la forma preve en el mismo art. 6.° de la ley de 17 de Julio de 1877.

Se declaran, sin embargo, subsistentes los demás medios establecidos en los Reales decretos de 21 de Julio de 1871 y 8 de Noviembre de 1875 para inscribir á falta de título escrito la posesión de los foros, subforos, censos y demás derechos reales constituidos con anterioridad al 1.º de Enero de 1863.

Art. 4.º Cuando los interesados no pudieren por cualquier motivo presentar en el expediente los documentos mencionados en el art. 6.º de la citada ley de 17 de Julio, ó cuando resultare claramente de éstos que paga la contribución á título de dueño una persona distinta de la que pretende justificar la posesión, los Registradores denegarán la inscripción, sin perjuicio de que el interesado haga uso, si lo estima oportuno, del derecho consignado en el art. 404 de la ley Hipotecaria para acreditar la adquisición del dominio.

Art. 5.º Se considerarán desde luego modificados los artículos del Reglamento general dictado para la ejecución de la ley Hipotecaria, el Real decreto de 10 de Febrero de 1875 y las demás disposiciones de carácter general en la parte que autorizan la inscripción de la posesión por los medios que establecían los artículos 400 y 401 de dicha ley, que han sido derogados.

Art. 6.º Hasta que se publique una nueva edición oficial de la ley Hipotecaria, continuará la numeración que actualmente tienen los artículos siguientes á los derogados. (*Gaceta* de 24 de Mayo ídem.)

Real orden de 28 de Agosto de 1883.—Improcedencia de la inscripción del dominio y de la posesión existiendo respectivamente inscripción anterior del uno ó de la otra: derogación del art. 332 del Reglamento de la ley Hipotecaria.

Ilmo. Sr.: Visto el expediente instruído en esa Dirección general sobre que se declare si están ó no vigentes las disposiciones contenidas en el Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria referentes á la facultad de inscribir títulos antiguos, no obstante lo dispuesto en los artículos 17 y 20 de dicha ley:

Considerando que los artículos 389 y 393 de la ley Hipotecaria vigente, como los de la primitiva, consignaron el derecho de inscribir ó anotar los títulos anteriores á 1.º de Enero de 1863, pero señalando un plazo para hacerlo con ciertos beneficios:

Considerando que el art. 392 de la ley también estableció el derecho de continuar inscribiendo los títulos aun después de trascurrido ese plazo, pero ya sin los indicados beneficios:

Considerando que para armonizar lo prescrito en el art. 17 con el derecho consignado en el 389 y en el 393, se dictó el 35 del Reglamento primitivo, que declaraba en suspenso aquel artículo mientras subsistiesen los plazos señalados para inscribir con beneficios los títulos antiguos:

Considerando que si bien el art. 35 del Reglamento vigente quiso establecer la misma excepción durante los nuevos plazos concedidos, es errónea la cita que en él se hace del art. 392, debiendo entenderse en su lugar el 393:

Considerando que terminados los plazos y prórrogas concedidos en 31 de Diciembre de 1874, no cabe exceptuar desde esa fecha las prescripciones del art. 392 de lo mandado en el 17, y si á ello se opone por evidente error de cita el 35 del Reglamento, debe declararse derogado:

Considerando que en idéntico caso está la salvedad que establece el art. 20 del Reglamento vigente en favor de los dueños por títulos anteriores á 1.° de Enero de 1863 para que puedan inscribirlos, no obstante lo que previene el art. 20 de la ley, cuando el dominio de la finca que se transmita ó grave aparezca inscrito á favor de persona distinta de la que transfiere ó grava:

Considerando que si no es ya posible inscribir el dominio cuando contradice una inscripción anterior, tampoco ha de serlo la posesión cuando resulta ya inscrita á favor de otra persona, no obstante lo consignado en el art 332 del Reglamento, que si autoriza se extiendan tales inscripciones contradictorias, ha de entenderse con relación á los poseedores anteriores á 1.° de Enero de 1863, y eso con subordinación al precepto general contenido en los artículos 17 y 20 de la ley, como lo prueba la referencia que en el 332 se hace al 35 del Reglamento;

S. M. el Rey (Q. D. G.), de conformidad con la consulta del Consejo de Estado y lo propuesto por esa Dirección general, se ha servido declarar:

1.° Que desde 1.° de Enero de 1875 no tiene aplicación lo puesto en el art. 35 del Reglamento para la ejecución de la Hipotecaria.

2.° Que si bien el art. 392 de dicha ley continúa siendo

cable, ha de entenderse subordinado su precepto á los contenidos en los artículos 17 y 20 de la misma.

Y 3.° Que no tiene tampoco aplicación el art. 332 del Reglamento de la ley Hiptecaria; debiendo los Registradores atenerse á las prescripciones del art. 402 de dicha ley, en el caso de que se solicite la inscripción de posesión de finca ó derecho que ya aparecieren en el Registro como poseídos por otros. (*Gaceta* de 7 de Septiembre de 1883.)

Real orden de 14 de Junio de 1884.—Certificado de amillaramiento.

Ilmo. Sr.: Visto el expediente instruído en esa Dirección general con objeto de hacer posible la inscripción de la posesión acreditada por información judicial en los casos en que las respectivas fincas resulten amillaradas á favor de persona distinta del poseedor:

Vistos el art. 185 del Reglamento de 10 de Diciembre de 1878, la regla 4.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria vigente, y el art. 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878:

Considerando que si á tenor de lo dispuesto en el citado artículo 185 no puede hacerse constar en el amillaramiento la transmisión de dominio de las fincas, ya sea *mortis causa*, ya por contrato *inter vivos*, mientras no se presente el correspondiente título *registrado* en el de la propiedad, no es posible tampoco, según la regla 4.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria y el art. 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878, inscribir la posesión de fincas amillaradas á favor de los causantes de los poseedores que solicitan la inscripción, ya que para que ésta se verifique es á su vez preciso que se presente el certificado en que con referencia al amillaramiento conste que el interesado paga la contribución á título de dueño de la finca que pretende inscribir:

Considerando que para evitar ese círculo vicioso, sin faltar á ninguno de los preceptos indicados, puede acudirse al medio de la anotación preventiva; teniendo por falta subsanable la de no sentarse el certificado:

Considerando que según la Real orden de 14 de Marzo último, edida por el Ministerio de Hacienda, se tiene por bastante a rectificar los amillaramientos la presentación del expediente

posesorio en que por nota del Registrador conste que se ha suspendido la inscripción y tomado anotación preventiva por aquella falta;

S. M. el Rey (Q. D. G.), de conformidad con lo propuesto por V. I., se ha servido disponer que cuando en el expediente de información posesoria no se hubiese podido presentar el certificado que exige la regla 4.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria por figurar la finca ó fincas amillaradas á nombre de persona distinta y no haya otro defecto ú obstáculo que impida la inscripción, se suspenda ésta y se tome anotación preventiva si el interesado la solicita, la que subsistirá sesenta días, durante los cuales podrá presentarse el expediente con la nota de haberse suspendido la inscripción y tomado anotación preventiva para que se rectifique el amillaramiento, convirtiéndose ésta en inscripción definitiva si dentro del mismo plazo vuelve á presentarse el expediente con el certificado en que consta estar ya amillaradas la finca ó fincas á nombre del poseedor. *(Gaceta* del 23 de Junio de 1884.)

Jurisprudencia civil é hipotecaria.

Resolución de 30 de Julio de 1874.—Improcedencia de la inscripción de posesión de fincas cuyo dominio resulte inscrito á nombre de otra persona.—Efectos contra tercero.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por la Comisión subalterna de Ventas de Bienes Nacionales del partido de Montánchez ante el Juez de primera instancia del mismo, contra la negativa del Registrador de la propiedad de esta villa á inscribir las certificaciones de posesión á favor del Estado de varias suertes de tierra de las dehesas *Rincón del Rio*, *Navilla* y *Mengachas*, cuyo recurso se halla pendiente en esta Dirección general en virtud de apelación interpuesta por la expresada Comisión, y apoyada por el Ayuntamiento de Montánchez, de la providencia de V. I. en que declara improcedente dicho recurso:

Resultando que en 14 y 21 de Agosto de 1873 inscribió el tado la posesión, por falta de título de dominio escrito, de suertes de tierra llamadas de los *Lomos* y de los *Llanos* pertecientes á la dehesa titulada *Mengachas* que había adquirido

virtud de las leyes de desamortización, figurando en el Registro dichas suertes con los números 1.530 y 1.531 de las fincas inscriptas en el Ayuntamiento de Montánchez:

Resultando que en 20 de Diciembre del mismo año Doña Modesta Margallo inscribió *el dominio* que había adquirido su habiente-causa D. Ramón García Margallo en virtud de varios títulos, y entre otros la sentencia ejecutoria dictada por la Audiencia de Cáceres en 30 de Septiembre de 1852 sobre tres dehesas situadas en el referido término, y conocidas con los nombres de *Mengachas*, *Navilla* y *Rincón del Gallego*, abriendo en su consecuencia registro diferente para cada una de estas dehesas como fincas que se inscribian por primera vez con los números 1.542, 1.544 y 1541:

Resultando que en 12 de Enero del corriente año se presentaron en el Registro de la propiedad de Montánchez siete certificaciones que acreditaban el hecho de hallarse en posesión el Estado de varias suertes de tierra pertenecientes á las dehesas *Mengachas*, *Navilla* y *Rincón del Gallego*, cuya inscripción negó el Registrador con arreglo á lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 402 de la ley Hipotecaria porque resultaba inscripto el dominio de dichas dehesas á favor de D. Ramón García Margallo:

Resultando que en vista de esta negativa la Comisión de propiedades de la provincia de Cáceres ordenó á la Subalterna de Montánchez que acudiese al Juzgado de primera instancia en solicitud de la inscripción rechazada, cuya última Comisión en cumplimiento de esta orden promovió el presente recurso, al que acompañó varios documentos para que se revocasen ó anulasen las inscripciones hechas á favor de D. Ramón García Margallo por virtud de la sentencia expresada, ó que se proveyese lo que correspondiese con arreglo á la Real orden de 17 de Marzo de 1864, toda vez que sin la base sobre que se pronunció aquélla y establecía el acuerdo de la Subdelegación de Fomento de 1834 no tenía razón de ser la sentencia ni podía invocarse para efecto alguno.

Resultando que se han adherido á esta pretensión, reproduciéndola, el Ayuntamiento de Montánchez y el Ministerio fiscal, .o representante de la Hacienda pública:

Resultando que previo informe del Registrador el Juez de pri- a instancia dictó providencia declarando ineficaces las ins- iones hechas á favor de D. Ramón García Margallo en cuanto

puedan servir de base á la denegación de inscripción de las certificaciones de posesión por no aparecer justificado por sus linderos ó por su cabida que se trate de un mismo inmueble, y en su consecuencia acordó que se procediese á la inscripción de las mencionadas certificaciones, remitiéndose éstas al Registrador con el oportuno mandamiento, sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder á los interesados en aquellas inscripciones:

Resultando que admitida la apelación que de esta providencia interpuso el Registrador de la propiedad, V. I. la revocó declarando improcedente la vía gubernativa para resolver la pretensión formulada por la Comisión subalterna de Montánchez, coadyuvada por el Promotor fiscal y el Ayuntamiento, reservando su derecho en forma más ajustada á las prescripciones legales:

Considerando que en el presente recurso gubernativo sólo puede discutirse y resolverse acerca de la exactitud y acertada apreciación legal de los hechos en que el Registrador se apoya para negar la inscripción de la posesión en que parece hallarse el Estado de varias suertes de tierra enclavadas en las dehesas *Mengachas*, *Navilla* y *Rincón del Rio*, sin que en ningún caso pueda ser materia de discusión ni de resolución la validez de aquellos mismos hechos, porque estas cuestiones deben ventilarse y decidirse en el modo y forma que las leyes han señalado:

Considerando que para negar la inscripción de posesión de dichas suertes el Registrador se ha fundado en el hecho de hallarse inscripto el dominio de la totalidad de las dehesas de que aquéllas forman parte á nombre de D. Ramón García Margallo, y en que esta última inscripción quedaría total ó parcialmente cancelada si se extendiese la de posesión á nombre del Estado por ser contradictorio que sobre una misma finca sean dueños exclusivos á la vez, Margallo en virtud de la ejecutoria y el Estado como habiente-causa de la Municipalidad de Montánchez:

Considerando que la contradicción existe porque cualesquiera que sean las diferencias que aparezcan entre la cabida y linderos de las suertes que el Estado pretende inscribir y la señalada en las inscripciones á las dehesas, es lo cierto que Margallo ha inscripto la totalidad de estas fincas y que el Estado pretende ser algunos terrenos comprendidos precisamente en esa t dad; por consiguiente mientras no se practique el correspondi deslinde, mandado llevar á cabo por la Real orden de 12 de F

de 1859 y la de 5 de Abril de 1866, dictada de conformidad con el dictámen de la Sección de Gobernación y Fomento del Consejo de Estado, confirmada por la de 16 de Marzo de 1868, no es posible asegurar que las mencionadas suertes de terrenos constituyan fincas distintas y separadas de las dehesas, cuyo dominio resulta inscripto á nombre del citado Margallo, mayormente cuando se afirma en certificaciones de posesión que aquellas suertes forman parte de estas fincas:

Considerando por lo mismo que existiendo verdadera contradicción entre el hecho de la posesión á nombre del Estado y la inscripción de dominio á favor de D. Ramón García Margallo; y debiendo quedar cancelada parcialmente al menos esta inscripción si se verificase la primera, el Registrador, con arreglo á lo dispuesto de una manera clara y terminante en el art. 402 de la ley Hipotecaria, ha negado debidamente la inscripción de las certificaciones de posesión de las suertes de tierra pertenecientes á las nominadas dehesas:

Considerando que la negativa del Registrador no prejuzga ni supone siquiera la validez de los títulos en cuya virtud ha inscripto Margallo la propiedad de dichas fincas, ni la legalidad de las inscripciones que de estos títulos resultan extendidas en el Registro, ni por consiguiente los derechos que Margallo ó el Estado puedan tener sobre los inmuebles de que se trata, pues dicha negativa acordada en justo cumplimiento de la ley produce el único efecto de obligar al que pretende inscribir la posesión á obtener previamente la cancelación total ó parcial del asiento de dominio contradictorio con este último hecho ó declaración en forma de ser distintos los bienes inscriptos de los que se trata de inscribir por la certificación de posesión.

Considerando que las razones alegadas por el recurrente y los coadyuvantes en demostración de que la ejecutoria en virtud de la que inscribió Margallo el dominio de las dehesas ha quedado desvirtuada y sin valor alguno, ya por la falta de cumplimiento de la condición con que se hizo la primitiva concesión del terreno y de las reglas señaladas en la Real orden de 5 de Abril de 1866, por la tranquila posesión en que ha continuado el Ayuntamiento, no pueden apreciarse en el presente recurso gubernati- porque teniendo por objeto la cancelación de la inscripción de a ejecutoria, semejante cancelación sólo puede obtenerse con

arreglo al art. 82 de la ley Hipotecaria, mediante otra ejecutoria ó consintiendo expresamente los habientes-causa de D. Ramón García Margallo:

Considerando, por último, que el haberse inscripto anteriormente á favor del Estado las dos suertes llamadas *Lomos y Llanos*, pertenecientes á la misma dehesa *Mengachas*, y el silencio de los sucesores de Margallo, nada prueban en contra del derecho de propiedad de éstos, ni de la legalidad con que ha procedido el Registrador, no sólo porque según declara la ley en el art. 403, las inscripciones de posesión no perjudican al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, cuyo título podrá inscribirlo aunque sea de fecha anterior al de posesión á menos que la prescripción no haya convalidado y asegurado esta última, sino porque no existiendo cuando se inscribieron aquellas dos suertes los asientos de adquisición de dominio de las dehesas á favor de Margallo, no había el obstáculo legal que existe ahora para inscribir las certificaciones de posesión presentadas posteriormente.

Esta Dirección general ha acordado que no ha lugar al recurso gubernativo promovido por la Comisión subalterna de propiedades del partido de Montánchez, siendo coadyuvantes el Ayuntamiento de este pueblo y el Promotor fiscal; y se declara improcedente la inscripción de las certificaciones de posesión de varios terrenos pertenecientes á las dehesas *Mengachas*, *Navilla* y *Rincón del Gallego*, en cuyos términos se confirma la providencia apelada. (*Gaceta* de 22 de Agosto de 1874.)

Resolución de 23 de Enero de 1878.—Certificaciones de pago de contribución y de amillaramiento: necesidad de su presentación.

En el Juzgado municipal de Almazora se han instruído y aprobado dos expedientes posesorios relativos á dos fincas distintas situadas en el término de dicha villa, las cuales, sin mediar título escrito, fueron adquiridas, una de ellas por Vicente Simó Falcó, ya difunto, en virtud de herencia de su abuela Francisca Hidalgo, y la otra por su actual poseedor Vicente Fabregat Valls, acreditándose en sus respectivos expedientes por certificados administrativos que aparecen unidos á los mis-

que no resultan inscritas aquellas fincas en el amillaramiento de la riqueza pública de Almazora á nombre de los citados interesados ni de sus causantes:

Que presentados ambos expedientes en el Registro de la propiedad de Castellón de la Plana, dudó el Registrador si procedía su inscripción, toda vez que aun cuando no satisfacen los interesados la contribución territorial correspondiente por las indicadas fincas, y por tanto no se cumple con uno de los requisitos que establece la ley de 17 de Julio del año último y la Hipotecaria de su referencia, no existe una disposición de carácter general que establezca su ineludible necesidad, ni se han dictado las reformas que, según el art. 7.° de la primera de las citadas leyes, deben hacerse en el Reglamento vigente para la ejecución de la ley Hipotecaria, ni parece, por último, que sean aplicables á este caso las resoluciones de 4 de Septiembre de 1863, 29 de Febrero y 5 de Marzo de 1864, pues que estas dos últimas fueron dadas en circunstancias tan especiales como son las de no haberse hecho en un pueblo repartimiento de la contribución, y haberse verificado por un método vicioso en los Ayuntamientos del territorio de La Coruña; y la primera de las citadas disposiciones, en que se establece el medio suplementario para inscribir la posesión, de acreditar que la finca no resulta incluída en el repartimiento, y que nadie contribuye por ella al Tesoro público, tampoco puede tener aplicación al caso presente en que se ha intentado ya este recurso, dando por resultado el que particularmente se contestase que no era posible expedir certificación en tal sentido, pues cabe que otras personas paguen á la Hacienda por dichas fincas, lo cual no puede averiguarse hasta que se forme el nuevo padrón:

Que consultada esta duda con el Juez de primera instancia, á cuyo efecto, cumplido con lo dispuesto en el art. 277 de la ley Hipotecaria, el Registrador había suspendido la inscripción de dichos expedientes y tomado en su lugar anotación preventiva, aquella Autoridad elevó á la Presidencia la consulta y documentos á ella unidos, informando que se ha abstenido de dictar resolución alguna, no sólo porque no se ha publicado todavía la p[illegible] reglamentaria referente á los expedientes posesorios, sino ta[illegible]bién porque se ha cuestionado si está ó no vigente la ley d[illegible] de Julio último mientras no se publica el Reglamento á q[illegible] el art. 7.° de la misma se refiere:

Que el Presidente de la Audiencia resolvió que se atuviera el Registrador á lo prescrito en las disposiciones vigentes sobre la materia, en atención á que si bien el caso podría ofrecer duda cuando se hubiese acompañado certificación de no pagar nadie la contribución por no estar incluídas en el repartimiento de inmuebles, no así en el caso presente, en que ni se ha presentado tal certificación, ni aparecen cumplidos los requisitos prevenidos en el art. 6.° de la citada ley de 17 de Julio, cuyos requisitos son indispensables porque el cumplimiento de las leyes no puede dispensarse ni aun fundándose en la falta de medidas que la misma supone existentes, mucho menos cuando los interesados pueden inscribir su derecho con arreglo á lo dispuesto en el artículo 404 de la ley Hipotecaria:

Vistos los artículos 6.° y 7.° de la ley de 17 de Julio de 1877, el art. 398 de la ley Hipotecaria, la ley de 3 de Noviembre de 1837 y el Real decreto de 28 de igual mes y año:

Considerando que la duda consultada por el Registrador de la propiedad de Castellón versa acerca de si son ó no inscribibles dos expedientes posesorios, en los que se acredita que los poseedores no tienen amillaradas las fincas á su nombre, ni satisfacen por tanto la contribución correspondiente, cuando, como en el caso actual, no resulta de las respectivas certificaciones administrativas que estén amillaradas á nombre de terceros interesados:

Considerando que, según las disposiciones vigentes, son obligatorias las leyes para las capitales de provincia desde el momento en que se publican en la *Gaceta* y *Boletines Oficiales* de las mismas, y cuatro días después para los demás pueblos de la provincia; y que no puede, por tanto, ponerse en duda la eficacia y vigor de la ley de 17 de Julio del año último por el solo hecho de no haberse publicado el Reglamento á que su último artículo se refiere:

Considerando que en el caso consultado no se han cumplido todos los requisitos que determina el art. 6.° de la referida ley y la Hipotecaria de su referencia, por cuanto no se acompañan las certificaciones acreditativas de que los interesados satis n la contribución á título de dueños, ni siquiera se expresa e s presentadas la circunstancia de no estar amillaradas las fin á nombre de personas distintas, cuyos requisitos, por el ca r

preceptivo de tales leyes, son necesarios al efecto de poder verificar las inscripciones de posesión;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la resolución de la Presidencia, y ordenar en su virtud al Registrador de la propiedad de Castellón de la Plana que califique los dos expedientes posesorios en que aparecen interesados D Vicente Simó y Falcó, ya difunto, y D. Vicente Fabregat y Valls, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 398 de la ley Hipotecaria y la reforma introducida por el art. 6.° de la ley de 17 de Julio del año último. (*Gaceta* de 5 de Marzo de 1878.)

Resolución de 22 de Febrero de 1878.—Inscripción de la propiedad de un inmueble con posterioridad á la de posesión.

Resultando que en virtud de escritura otorgada en Salamanca á 14 de Noviembre de 1817, el Reverendo Prior de San Jerónimo de aquella ciudad vendió á Juan Francisco Fernández, libre de toda carga, una casa sita en la villa de Fuentesaúco, de cuyo documento no se tomó razón en la antigua Contaduría de partido:

Resultando que á la muerte del Juan Francisco Fernández adquirió la mencionada finca su hijo D. Vicente; é incoado el oportuno expediente posesorio por ignorarse á la sazón la existencia de la antedicha escritura, fué inscrita la finca, á nombre del heredero, en el tomo 17 de Fuentesaúco, folio 93 vuelto, finca núm. 39, inscripción primera; y posteriormente, habiendo fallecido el D. Vicente bajo testamento que otorgara en 23 de Julio de 1869, y en el cual instituyó heredero á su hermano D. Francisco Fernández Corrales, inscribióse á favor de éste la relacionada casa á título de adjudicación en el mismo tomo y finca, folio 94 vuelto:

Resultando que en las dos inscripciones de que se ha hecho mérito consta que la finca en cuestión se halla afecta á dos censos; y promovido pleito sobre su reconocimiento entre el acreedor censualista y Francisco Fernández Corrales, fundado éste en la escritura de 1817; y deseando hacer valer su derecho ante los Tribunales, presentó dicha escritura en el Registro de Fuentesaúco, y solicitó su inscripción á favor de su difunto padre D. Juan Francisco Fernández; pretensión que denegó el Registrador porque la finca en cuestión se halla inscrita en el Registro á nombre de Francisco Fernández Corrales:

Resultando que incoado por éste el oportuno recurso gubernativo contra la anterior calificación por estimarla contraria á lo que preceptúan los artículos 2.° y 392 de la ley Hipotecaria y 20 y 35 del Reglamento dictado para su ejecución, previo informe del Registrador del partido, dictó un acto el Juez delegado en 26 de Noviembre último declarando ajustada á derecho la negativa de inscripción por aparecer en el Registro como dueño del inmueble Fernández Corrales, y ser en este punto bien terminante la prohibición que entraña el art. 17 de la ley Hipotecaria:

Resultando que el Francisco Fernández se alzó del anterior acuerdo para ante el Presidente de la Audiencia de Valladolid, alegando que el citado art. 17 atañe tan sólo á los títulos otorgados desde 1.° de Enero de 1863, rigiéndose los anteriores por el 392 y demás del título XIV de aquella ley; y que á tenor del artículo 35 del Reglamento, la prohibición de inscribir títulos de fecha anterior á la del último inscrito en el Registro debe entenderse sin perjuicio de la facultad que los artículos 389 y 392 de la ley conceden á los dueños de inmuebles ó derechos reales adquiridos y no inscritos antes del 1.° de Enero de 1863:

Resultando que el Presidente de la Audiencia de Valladolid en providencia de 14 de Diciembre último confirmó en todas sus partes el auto apelado:

Vistos los artículos 17, 399 y 403 de la ley Hipotecaria y 20 y 35 del Reglamento general:

Considerando que, declarándose en el art. 403 de la citada ley que las inscripciones de posesión no perjudican en ningún caso al que tenga derecho á la propiedad del inmueble, es evidente que éste puede solicitar y obtener la inscripción de los títulos justificativos de la misma en cualquier tiempo, á menos que la prescripción haya consolidado y asegurado el derecho inscrito mediante el expediente de posesión:

Considerando que, bajo este supuesto, el causa-habiente de D. Juan Francisco Fernández tiene expedito su derecho para solicitar y obtener la inscripción de la escritura de venta que acredita la adquisición de la propiedad sobre dicha finca, cuya posesión se inscribió á su nombre, toda vez que no ha transcurrido el término señalado para la prescripción de los inmuebles con arreglo á los artículos 34 y 35 de la citada ley Hipotecaria:

Considerando que la referida escritura de venta por hase

otorgado en 14 de Noviembre de 1817 puede también inscribirse á pesar de haberse inscrito otro título de fecha posterior, porque según la doctrina de la ley Hipotecaria, expresamente consignada en el art. 35 del Reglamento general, la prohibición de inscribir en el Registro títulos de fecha anterior á la del último inscrito, establecida en el art. 17 de la ley, debe entenderse sin perjuicio de la facultad que el art. 392 de la misma concede á los dueños de inmuebles ó derechos reales adquiridos y no inscritos antes del día 1.º de Enero de 1863 para registrar los títulos que no hayan sido presentados en tiempo oportuno;

Esta Dirección general ha acordado, con revocación de la providencia apelada, dejar sin efecto la nota puesta por el Registrador de la propiedad de Fuentesaúco al pie de la escritura otorgada en 14 de Noviembre de 1817 por el Prior del convento de San Jerónimo de Salamanca en favor de Juan Francisco Fernández, cuyo documento se declara inscribible á pesar de hallarse inscrita la posesión de la misma finca á favor de otra persona con posterioridad á la expresada fecha. (*Gaceta* 10 Abril 1874.)

Resolución de 29 de Octubre de 1878.—Inscripción de la posesión de origen vincular.

Ilmo. Sr.: En el expediente instruido con motivo de la consulta formulada por el Registrador de la propiedad de Totana sobre inscripción de cierta información posesoria relativa á bienes procedentes de varias vinculaciones, de cuyo expediente resulta:

Que en el Juzgado de primera instancia de Totana, y á nombre de Doña Epifanía Martínez y Martínez, se instruyó expediente de posesión de 34 fincas procedentes de tres vínculos distintos, adquiridas por dicha interesada al fallecimiento de Doña Leonarda Castilla en el año de 1825, sin que se formalizara documento alguno acreditativo de tal adquisición; y unida al expediente la oportuna certificación administrativa de pagarse por la poseedora á título de dueña la contribución correspondiente á dichas fincas, siguióse aquél por todos sus trámites, con citación curador ejemplar nombrado para representar al incapacitado esor inmediato en la mitad reservable de los otros dos hijos Doña Epifanía, del Procurador Síndico del Ayuntamiento y Promotor fiscal, dictándose en definitiva por el Juzgado auto

de aprobación, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, á los efectos del art. 399 de la ley Hipotecaria:

Que presentado el expediente en el Registro de la propiedad del partido, suspendió el Registrador la inscripción, tomando en su lugar anotación preventiva, y consultó con el Delegado si la posesión vincular está comprendida en el art. 397 de la referida ley, pues en vista de las resoluciones de 18 de Agosto de 1873 y 30 de Diciembre de 1874 de la Dirección general del ramo no se ha creído autorizado para decidir la cuestión, aun cuando opina que la posesión vincular no excluye la de hecho á que el citado artículo se refiere, como acontece en el expediente de que se trata, y que no parece justo que se prive á los poseedores de mayorazgos al tiempo de las leyes desvinculadoras de los beneficios de la ley Hipotecaria; tanto más, cuanto que en los casos en que carezcan de titulación no podrán hacer constar de ningún modo sus derechos en el Registro:

Que el Juzgado elevó la consulta á la Presidencia informando, que á su juicio es inscribible la posesión acreditada por la Doña Epifanía, no sólo porque el referido art. 397 concede á todo propietario que careciere de título escrito el recurso de las informaciones posesorias, sin distinguir de bienes vinculados ó no vinculados, sino porque tratándose de la posesión de hecho no es susceptible de otra controversia que la de la certeza en los hechos ó carácter jurídico que los mismos revisten, cuyos hechos y carácter jurídico se han acreditado cumplidamente en la información practicada; aparte también de que á nadie puede perjudicar la inscripción solicitada por haber prescrito ya todas las acciones vinculares, aun aquellas que respetara la ley desvinculadora; y que asimismo ha desaparecido el carácter vincular de las fincas después de suprimidas las vinculaciones y mayorazgos, reservándose solamente los derechos del inmediato sucesor, que nadie ha respetado más que la nombrada interesada, ya citándole en esta información, ya haciendo constar la naturaleza vincular de los bienes cuya inscripción se pretende:

Que el presidente de la Audiencia resolvió de acuerdo con lo informado por el Juez, en atención á que cualquiera que sea naturaleza de los bienes á que se contraigan los expedientes posesorios, la inscripción de dicha posesión solamente puede perjudicar ó favorecer á tercero en cuanto á los efectos que a

yan las leyes á la mera posesión, según el art. 403 de la ley Hipotecaria, y en ningún caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito:

Vistos los artículos 397, 398 y 403 de la ley Hipotecaria, y las resoluciones de esta Dirección de 18 de Agosto de 1873 y 30 de Diciembre de 1874 en recursos promovidos contra los Registradores de Jerez de la Frontera y de Palencia:

Considerando que la duda consultada por el referido Registrador consiste en resolver si procede inscribir á nombre de Doña Epifanía Martínez la posesión en que se halla de varios bienes que adquirió por título de vínculo, cuya duda nace para dicho funcionario de haber negado esta Dirección en la citada resolución de 18 de Agosto de 1873 la inscripción de la posesión vincular de ciertos bienes:

Considerando que la negativa acordada por este Centro en la expresada resolución recayó sola y exclusivamente á la pretensión de un interesado que solicitaba la inscripción de la *posesión vincular* en que se hallaba de varios bienes, en razón á que esta posesión dejó de existir y quedó abolida junto con los demás derechos y acciones vinculares desde 30 de Agosto de 1836 en que fueron suprimidos los vínculos y mayorazgos:

Considerando que Doña Epifanía Martínez no pretende la inscripción de la *posesión vincular* de los nombrados bienes, sino la posesión material ó de hecho que permite inscribir á los que carecen de título escrito de dominio el art. 397 de la ley Hipotecaria, invocado por dicha interesada al promover el expediente justificativo prevenido en dicha ley:

Considerando, por último, que la facultad de inscribir el hecho actual de la posesión corresponde á todos los que posean fincas ó derechos reales, excepto el de hipoteca, á título de dueños, y carezcan de los documentos ó títulos auténticos de adquisición, cualquiera que sea el origen jurídico de esta última (compraventa, donación, herencia libre y vincular ó legado), sin que la inscripción de dicha posesión produzca desde luego ninguno de los efectos legales que surtiría la inscripción de los títulos mediante lo que se hubiesen adquirido los bienes, en el caso de ser presentados en el Registro:

La Dirección general ha acordado resolver la duda consultada en el sentido de que procede inscribir la posesión actual ó

de hecho en que se halla Doña Epifanía Martínez de los derechos que la corresponden sobre las fincas de que se trata en el expediente posesorio que motiva esta consulta, por más que haya manifestado dicha interesada que las adquirió por título de vínculo ó mayorazgo, pues tal manifestación no altera ni modifica el carácter que según la ley Hipoteria tienen las inscripciones de posesión. *(Gaceta* de 30 de Noviembre de 1878.)

Resolución de 9 de Octubre de 1878.—Los expedientes posesorios son actos de jurisdicción voluntaria. Modificación de las providencias recaídas en aquéllos sin sujeción estricta á las formalidades de la jurisdicción contenciosa.

Ilmo. Sr.: En el expediente instruído en esta Dirección general con motivo de la consulta formulada por el Registrador de la propiedad de Azpeitia sobre si procede ó no inscribir cierta información posesoria, de cuyo expediente resulta:

Que en el Juzgado municipal de Zarauz se instruyó expediente á instancia de D. Paulino Iñarra, para que se le recibiese información sobre los hechos de ser dueño de una casa construída en terrenos de D. Joaquín Uría por D. Gaspar Rabasa, de quien la adquirió en 1876, y de hallarse por tanto en su posesión desde el referido año:

Que seguida la información en todos sus trámites, antes de dictarse el auto de aprobación por el Juzgado, presentó el D. Joaquín Uría un largo escrito que se unió al expediente, y en el cual declaraba: que la pertenencia del edificio levantado por Rabasa se hallaba pendiente de litigio, y era ilegal, por consiguiente, apelar al medio de la información para inscribir la posesión de dicha finca, siendo su objeto enajenarla según le constaba: que no habiendo sido Rabasa más que un mero arrendatario, no podía adquirir dominio sobre nada que hiciera en el terreno arrendado, y que lo que se hiciera cedía al terreno: que ni su causante ni él tenían en este terreno ni en el edificio construído derechos de dominio y de posesión, no constando en los estados territoriales del Ayuntamiento semejante edificio á su nombre; y por último, que protestaba contra la información, y se reservaba acciones civiles y criminales que pudieran corresponderle la inscripción y venta proyectadas.

Que en 26 de Marzo el Juez municipal dictó auto declarando que, á pesar de que aparece suficiente dicha información, en vista de que D. Joaquín Uría ha presentado un escrito alegando que no es inscribible dicha finca, mandaba se uniese el escrito al expediente y fuese remitido al Registrador de Azpeitia para que lo examinase, y lo inscribiese en caso de que procediera:

Que recibido en el Registro se denegó la inscripción con fecha 4 de Abril, fundándose el Registrador en que el Juzgado municipal había faltado á lo prescrito en el art. 399 de la ley Hipotecaria, no siendo de su competencia, sino de la del Juez instructor, la aprobación de los expedientes de esta clase:

Que á los pocos días volvió á presentarse el mismo expediente original adicionado con un escrito del Sr. Iñarra, solicitando su aprobación definitiva, y con el auto solicitado, por el cual en 10 de Abril el mismo Juez declaraba suficiente la información, y desestimando las pretensiones del Uría, aprobaba el expediente y mandaba su inscripción en el Registro:

Que en vista de este segundo auto dudó el Registrador de la propiedad de Azpeitia si procedía ó no su inscripción, la cual suspendió mientras consultaba con el Delegado, tomando en su lugar anotación preventiva en virtud de lo dispuesto en el artículo 277 de la ley Hipotecaria:

Que la duda consultada se funda en que ni de la letra ni del espíritu de dicha ley puede deducirse con claridad si el auto á que se refiere el art. 399 es ó no reformable, cuya duda no se hubiera ofrecido si desde un principio se hubiese dictado el segundo auto memorado, por más que Uría tenga también inscrita la posesión del terreno en que Rabasa construyó la fábrica, y se diga en la inscripción que éste no tiene más derechos que los de arrendatario, porque según el art. 322 del Reglamento, el hecho de la posesión de una misma finca puede inscribirse á favor de distintas personas:

Que el Juez delegado consultó con la Presidencia la resolución que hubiera de dictarse, informando: que á su juicio, siempre que el expediente posesorio reúna los demás requisitos legales procede su inscripción, toda vez que el auto primitivo de 26 de Marzo no puede considerarse como definitivo por no reunir en su forma ni en el fondo los requisitos del art. 669 de la ley orgánica del Poder judicial, concurriendo éstos por el contrario, según parece, en el de 10 de Abril en que se aprueba el expediente y se

ordena la inscripción solicitada en conformidad al art. 399 de la ley Hipotecaria:

Que el Presidente de la Audiencia resolvió que el referido auto de 26 de Marzo no impide la inscripción en el Registro del expediente de que se trata, cuya resolución fundó en las siguientes consideraciones, que según los principios generales consignados en la ley Hipotecaria y su Reglamento, si la obligación contraída fuese válida y el defecto estuviera tan solo en la forma externa del documento de modo que pueda reformarse ó extenderse de nuevo, se tendrá por subsanable la falta: que el primer auto del Juez municipal de Zarauz, si bien afecta á la validez del procedimiento, no produce la nulidad de la información y demás diligencias anteriores practicadas, ni tampoco la del hecho posesorio que trata de acreditarse, pues que no habiendo decidido nada acerca del fondo del expediente en los términos que previene el artículo 399 de la ley, quedó pendiente de resolución definitiva, y constituye, por tanto, esa omisión una falta subsanable que se refiere únicamente á la forma externa del procedimiento; y por último, que la indicada falta se ha subsanado con el auto posterior de 10 de Abril, por el que se aprobó el expediente y se mandó inscribir en el Registro, hallándose por consiguiente legalmente terminado y resuelto:

Vistos los artículos 397, 398 y 399 de la ley Hipotecaria, y 1.207 y 1.208 de la ley de Enjuiciamiento civil (1):

Considerando que los expedientes instruídos en los Juzgados de primera instancia ó municipales para acreditar la posesión de bienes inmuebles ó derechos reales con sujeción á lo dispuesto en los artículos 397 y siguientes de la ley Hipotecaria, deben considerarse como actos de jurisdicción voluntaria en atención á que reúnen las condiciones que señala el art. 1.207 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que, en su consecuencia, es aplicable á dichos expedientes el precepto contenido en la regla 9.ª del art. 1.208 de la expresada ley de Enjuiciamiento, según el cual, los Jueces pueden variar ó modificar las providencias que dictaren, sin sujeción estricta á los términos y formas establecidos respecto las que deban su origen á la jurisdicción contenciosa:

---

(1) 1816 y 1818 de la vigente.

Esta Dirección general ha acordado resolver la consulta del Registrador de la propiedad de Azpeitia en el sentido de que el Juez municipal de Zarauz ha podido modificar legalmente la primera providencia que dictó en el expediente posesorio instruído á instancia de D. Paulino Iñarra, y acordar la segunda en cuya virtud aprobó la información practicada en el mismo (*Gaceta* del 5 de Noviembre de 1878.)

Resolución de 17 de Marzo de 1879.—Certificación del pago de contribución á título de dueño; necesidad de su presentación en el expediente.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por D. Eugenio Basabe, á nombre de D. José María de Aldamiz Echevarría, contra la negativa del Registrador de la propiedad de Guernica á inscribir cierta información posesoria, pendiente en esta Dirección general en virtud de apelación interpuesta por dicho funcionario:

Resultando que para el pago de perjuicios y costas que se impusieron á Doña María Antonia de Learreta y Arrotegui en los autos de interdicto seguidos en el Juzgado de primera instancia de Guernica por el Procurador D Eugenio de Basabe, á nombre de D. José María de Aldamiz Echevarría, se embargaron á dicha interesada varios bienes de su propiedad, y acordada la venta de los mismos, se solicitó por el nombrado Procurador, con la representación ostentada en los referidos autos, que para poder llevar á efecto la venta, una vez que la Doña María Antonia carecía de los títulos de propiedad, se admitiese por el Juzgado la oportuna información sobre ser cierto el hecho de que la misma venia poseyendo en nombre propio desde el año 1856 las fincas descritas, sin que se acompañara recibo de la contribución por no exigirse todavía en aquella provincia, y admitida la información solicitada, tuvo lugar en efecto con dos testigos, vecinos y propietarios del pueblo en que radicaban los bienes, se oyó al promotor fiscal, que declaró se habían cumplido las formalidades legales, y fué en definitiva aprobado por el Juez, mandando se scribiese en el Registro de la propiedad del partido:

Resultando que presentada en el de Guernica, puso el Registrador nota al pie concebida en estos términos: «No admitida la

»inscripción de la precedente información por los defectos subsa»nables siguientes: primero, no acompañarse la certificación pre»venida en el art. 6.° de la ley de 17 de Julio de 1877, con arreglo »á lo dispuesto en la Real orden de 20 de Mayo de 1878; segundo, »la falta del requisito de quedar responsables los testigos de sus »dichos por los perjuicios que puedan ocasionar, según el ar»tículo 398 de la ley, comprendido en el segundo extremo de la »regla 3.ª; tercero, falta de personalidad en el solicitante Eugenio »de Basabe para representar á José María de Aldamiz y no soli»citarse expresamente la anotación preventiva por el interesado:»

Resultando que contra la anterior calificación recurrió por escrito ante el Juzgado el Procurador Basabe en solicitud de que se declarase que no resultan del expediente las faltas consignadas por el Registrador, y que se ordenase á dicho funcionario la inscripción de la precitada información, alegando á este propósito: en cuanto al primer defecto, que es harto público y notorio que en aquella provincia no se hallan todavía establecidos los amillaramientos ni las contribuciones de inmuebles, por lo cual no es posible acompañar la certificación á que se alude ni el recibo de la contribución del último trimestre, como así consta al Registrador por las varias certificaciones negativas que ha hecho presentar sin necesidad, causando molestias y perjuicios á las partes; en cuanto al segundo, que la ley no exige que en las declaraciones de los testigos se consigne el requisito de quedar responsables de sus dichos, circunstancia que además atañe al procedimiento, respecto de las cuales no es el Registrador, sino el Promotor fiscal, el encargado de que se guarden, conforme á lo resuelto por Real orden de 6 de Julio de 1865, y en cuanto al último defecto puesto en la nota recurrida, que, según se manifiesta en el escrito pidiendo la información, su personalidad deriva del poder unido á los autos, á cuya continuación se practicó aquélla, estando pronto á presentarlos en el Registro, como lo hubiera hecho á la menor indicación del Registrador:

Resultando que este funcionario informó en el sentido de que procedía se declarase no haber lugar á ordenar la inscripción de la información practicada mientras no se subsanen los defec indicados en la nota puesta al pie de la misma, porque si en Ayuntamientos de la provincia de Vizcaya no existen amilla mientos, hay sí algunos datos estadísticos relativos á los

puestos extraordinarios con que suele gravarse la propiedad inmueble, con referencia á los cuales debe darse la certificación prevenida en el art. 6.° de la ley de 17 de Julío de 1877 y el artículo 3.° del Real decreto dictado para su ejecución en 20 de Mayo del año siguiente, expidiendo certificación negativa, en caso de que no existiesen tales datos, para dar cumplimiento de este modo á las disposiciones vigentes, porque además es requisito indispensable que ha de consignarse en toda información posesoria, y también en las inscripciones correspondientes, la advertencia que con arreglo á la regla 3.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria debe hacerse á los testigos de la responsabilidad que contraen para que en su día pueda exigírseles por los perjuicios que irroguen con la inexactitud de sus dichos, sin que sea obstáculo para esta calificación el que por el Juzgado y el Ministerio fiscal se haya autorizado la información sin tal requisito y sin el certificado del Ayuntamiento, ni tampoco lo dispuesto en la Real orden citada por el recurrente, que ha sido derogada por la ley Hipotecaria reformada en 13 de Marzo de 1869, y por último, porque no se acredita la personalidad del Procurador Basabe en el referido expediente, como tampoco se ha acreditado en este recurso:

Resultando que el Juzgado dictó auto por el que declaró que presentando el nombrado Procurador el poder que ostente su personalidad en representación de D. José María de Aldamiz Echevarría, era inscribible la información posesoria de que se trata, y que por consiguiente debía procederse por el Registrador á la inscripción de las fincas que comprende, pertenecientes á María Antonia de Learreta, por no existir los defectos que se suponen por dicho funcionario, cuya resolución fundó en las siguientes consideraciones: primera, que la ley de 17 de Julio de 1877, en su art. 6.°, no ha hecho más alteraciones respecto de la ley Hipotecaria á la sazón vigente que sustituir el recibo del último trimestre de contribución por la certificación administrativa de venir satisfaciéndola el interesado á título de dueño del inmueble que hubiere de inscribirse, siendo incuestionable que aquella provincia no pueden expedirse ni se han expedido tificados ni recibos de esta clase por no haber base para ello, ón por la cual no se han admitido á inscripción las certificaones administrativas, y se han inscrito en cambio, como es no-

torio, informaciones en que no se acompañaba el recibo de la contribución, de igual modo que en este caso no se acompaña el documento que en su lugar se exige; segunda, que la regla 3.ª del recordado artículo no dispone que se consigne en las declaraciones de los testigos la responsabilidad en que pueden incurrir, pues únicamente establece una sanción penal contra los testigos inveraces; y tercera, que el Procurador ofrece presentar el poder que acredite su personalidad:

Resultando que del auto anterior apeló el Registrador para ante la Presidencia, alegando en su escrito que no puede afirmarse en términos absolutos que no existan datos estadísticos en la provincia referentes á impuestos sobre la propiedad, pues por el cargo que ejerce tiene antecedentes que demuestran que en las informaciones se han expedido certificados con relación á los repartimientos de las contribuciones extraordinarias; que antes de la ley de 17 de Julio no exigía el recibo de pago del último trimestre de contribución, porque era de todo punto imposible que se presentase; mas no acontece otro tanto respecto de la certificación que se ordena en el art. 6.º de la citada ley, la cual puede expedirse, bien sea afirmativa, bien negativa; que por haber intervenido el Juzgado en la práctica de la información no ha debido admitir este recurso para que acudiera el interesado á donde correspondía, con arreglo á lo dispuesto en el Real decreto de 3 de Enero de 1876, y que desde la fecha de 20 de Mayo del año último, en que ha empezado á regir la ley de 17 de Julio anterior, no se ha inscrito información alguna que no haya sido acompañada del oportuno certificado:

Resultando que admitida la apelación y elevado el expediente á la Presidencia, resolvió esta Autoridad que la información posesoria de que se trata es inscribible, y en su consecuencia confirmó el auto apelado por el que se declaraba que debía inscribirse por no existir ninguno de los defectos subsanables supuestos por el Registrador, fundando dicha resolución en razones análogas á las invocadas por el Tribunal inferior, y considerando en primer lugar que al Juzgado compete exclusivamente apreciar si el Procurador Basabe tiene ó no la suficiente personalidad pedir la información posesoria á nombre de D. José M. d damiz, sin que incumba en ningún caso al Registrador, m mente cuando interviene el Ministerio público, cuya misión

de pedir siempre que se aplique y cumpla la ley, como ha sucedido en este caso, en que consta, por la afirmación del representante de dicho ministerio, que se hallaban cubiertas todas las prescripciones legales, y por lo tanto era procedente la aprobación de la información solicitada, de cuya resolución apeló el Registrador para ante esta Superioridad por no hallarla conforme con lo dispuesto en el art. 6.° de la ley de 17 de Julio, 3.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878 y regla 3.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria;

Vistos los artículos 398 y 404 de la ley Hipotecaria:

Vista la ley de 17 de Julio de 1877 y el Real decreto de 20 de Mayo de 1878:

Vista la Resolución de este Centro de 29 de Enero de 1878;

Considerando que de los tres defectos en que apoya el Registrador la negativa de inscripción sólo es apreciable el primero de ellos, que consiste en no haberse acompañado la certificación prevenida en el art. 6.° de la citada ley de 17 de Julio, pues los dos restantes no constituyen verdaderas faltas para el efecto de impedir dicha inscripción:

Considerando que la presentación de la certificación del Alcalde del pueblo en cuyo término radican los bienes es tan necesaria, que su falta ó la de los documentos que según la ley puedan suplirla constituye un obstáculo para la inscripción del expediente, conforme al precepto terminante del art. 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878:

Considerando que ni en el expediente informativo de posesión ni en el presente recurso se ha justificado debidamente que el Ayuntamiento de Guernica carezca de toda clase de datos respecto de las personas que contribuyen á los gastos provinciales ó municipales en concepto de dueños de fincas ó bienes inmuebles, ni que pueda librar certificación con referencia á los antecedentes de sus oficinas acerca de los impuestos territoriales que se hayan repartido á D. José María de Aldamiz Echevarría por las fincas pertenecientes al mismo en la jurisdicción de aquella villa;

Esta Dirección general ha acordado, con revocación de la ..dencia apelada, resolver que no procede la inscripción de la rmación posesoria presentada á nombre de D. José María de amiz, por adolecer del defecto subsanable de no haberse pretado la certificación del Alcalde con referencia á los amillara-

mientos, catastros ú otros datos cualesquiera de las oficinas municipales, de la que resulte que dicho interesado paga contribución á título de dueño por las expresadas fincas, ó que se tuvieron todas en cuenta al fijar la última cuota de contribución que se hubiere repartido, con sujeción á lo dispuesto en el art. 4.º del Real decreto de 20 de Mayo de 1878, y sin perjuicio de que el interesado haga uso, si lo estima oportuno, del derecho consignado en el art. 404 de la ley Hipotecaria para acreditar la adquisición del dominio. *(Gaceta* de 15 de Mayo de ídem.)

Resolución de 21 de Mayo de 1879.—Certificación de contribución á favor de persona distinta á cuyo nombre se pretende inscribir la posesión.—Improcedencia de la inscripción.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por D. Mariano Novellon contra la negativa del Registrador de la propiedad de Sariñena á inscribir cierto expediente posesorio, pendiente en esta Dirección general en virtud de apelación interpuesta por el interesado:

Resultando que á instancia de D. Mariano Novellon Salabert instruyóse en el Juzgado de primera instancia de Sariñena un expediente posesorio, en el cual, previos los trámites legales, recayó un auto el día 18 de Diciembre del pasado año mandando inscribir la posesión de varias fincas á nombre de la difunta esposa de Novellon, Doña Teresa Codana y Calleu:

Resultando que en la certificación librada por el Ayuntamiento de Sariñena y unida al expediente mencionado, á los efectos que previene la ley de 17 de Julio de 1877, consta que las mismas fincas estaban amillaradas á nombre del Mariano Novellon, el cual venía pagando la contribución correspondiente á título de dueño:

Resultando que presentado el expediente en el Registro de la propiedad del partido, puso el Registrador al pie del mismo una nota concebida en los siguientes términos: «No admitida la ins»cripción del precedente documento, por cuanto habiéndose jus»tificado la posesión á favor de Teresa Codana, resulta de la cer»tificación administrativa que Mariano Novellon es el que »la contribución correspondiente á las fincas objeto de la i »mación, á título de dueño, siendo esto causa de denegació »gún lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 6.º de la ley de

»Julio de 1877, y en el art. 4.° del decreto de 20 de Mayo de 1878, »no siendo admisible tampoco la anotación preventiva»:

Resultando que D. Mariano Novellon incoó recurso gubernativo contra la nota del Registrador, y pidió se decretase la inscripción de las fincas á nombre de su esposa, alegando al efecto las consideraciones siguientes: primera, que en ningún catastro existen amillarados á nombre de las mujeres casadas los bienes de su pertenencia con separación de los de sus maridos, y no es de presumir que el legislador haya querido hacer á aquéllas de peor condición, despojándolas del beneficio que conceden los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria; segunda, que si los preceptos citados por el Registrador declararan que las certificaciones administrativas han de contener la circunstancia de estar amillaradas las fincas á favor del que trata de justificar la posesión, las informaciones como medio supletorio estarían vedadas de todo punto á las mujeres casadas; y tercera, que si bien es cierto que éstas tienen expedito el procedimiento que establece el art. 404 de la ley Hipotecaria, no debe perderse de vista que el expediente de dominio originaria grandes gastos, y que además no se aviene con los propósitos del recurrente, encaminados á inscribir las fincas para enajenarlas después y atender de tal suerte á las perentorias necesidades de su familia:

Resultando que el Registrador de Sariñena, al evacuar su informe, insistió en las razones consignadas en su nota, reconociendo, empero, que las invocadas por el recurrente son dignas de consideración, dado que la circunstancia de que en los catastros figuran los bienes de las mujeres casadas á nombre de sus maridos, impide á aquéllas acreditar por medio de certificaciones administrativas su calidad de dueñas, requisito indispensable de que debe estar adornado todo expediente posesorio:

Resultando que el Juez delegado, en auto de 28 de Enero último, declaró no haber lugar al recurso, porque si bien son muy atendibles los argumentos aducidos por el recurrente Novellon, es indudable que la denegación del Registrador de Sariñena está perfectamente ajustada á las disposiciones legales vigentes:

Resultando que, en virtud de alzada de Mariano Novellon, fué elevado el recurso al Presidente de la Audiencia de Zaragoza, el cual en providencia de 18 de Febrero último, confirmó el auto apelado fundado en la regla 1.ª del art. 6.° de la ley de 17 de Julio

de 1877; en el caso 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878, y en las Resoluciones de la Dirección general de 23 de Noviembre de 1876 y 20 de Enero de 1878:

Visto el art. 6.° de la ley de 17 de Julio de 1877; los artículos 396, 398 y 399 de la ley Hipotecaria, y el 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878:

Vistos los *Fueros, costumbres y observancias* del reino de Aragón, y la Resolución de esta Dirección de 31 de Diciembre de 1873:

Considerando que, en conformidad de lo dispuesto en el artículo 6.° de la citada ley y el 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878, no puede inscribirse la posesión á favor de Doña Teresa Codana y Calleu, porque de la certificación presentada en el expediente instruído al efecto resulta claramente que paga la contribución á título de dueño D. Mariano Novellon Salabert, el cual es y debe considerarse como persona distinta de aquélla, en cuanto á los bienes propios de cada uno, á pesar de haber estado unido en matrimonio con la interesada, con arreglo á la legislación particular del reino de Aragón, en cuyo territorio radican las fincas, y al que pertenecen por razón de su vecindad los expresados consortes:

Considerando que si en efecto los bienes de que se trata pertenecieron á la expresada Doña Teresa Codana en exclusivo dominio y propiedad, debió el viudo Mariano Novellon procurar la oportuna rectificación en los libros del amillaramiento antes de promover el expediente informativo de posesión, toda vez que le constaba el precepto terminante y absoluto del Real decreto de 20 de Mayo de 1878, de cuyo cumplimiento no cabe dispensa en atención á los fraudes que mediante ella podrían cometerse en perjuicio de tercero, y á que resultaría inútil la certificación administrativa si sobre ella hubiese de prevalecer el contenido de la información testifical;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada y la nota puesta por el Registrador de la propiedad de Sariñena, sin perjuicio de que el interesado pueda presentar nueva certificación en el caso de que se rectifícase en el amillaramiento la equivocación cometida al poner bajo su nombre las fincas pertenecientes á su difunta esposa, ó ejercer el derecho que le concede el art. 404 de la ley Hipotecaria para acreditar la adquisición del dominio. (*Gaceta* de 19 de Octubre de 187

Resolución de 27 de Enero de 1880.—La inscripción de posesión no perjudica al que tenga mayor derecho á la propiedad del inmueble.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por D. Antonio Villalonga y Pérez contra la negativa del sustituto del Registrador de Inca á inscribir cierta escritura de transacción, pendiente en esta Dirección general en virtud de apelación interpuesta por dicho sustituto:

Resultando de los antecedentes que obran en el presente recurso una escritura pública autorizada por el Notario D. Juan Oliver y Mascaró en 26 de Abril de 1826, y en cuyo documento los administradores de la manda pía ordenada por D. Juan Bordils y Tamarit de una parte, y de otra D. Francisco Mariano Villalonga y Escalada y D. Martín María Boneo y Villalonga, transigieron dos pleitos entre ellos pendientes sobre varios fideicomisos á que los últimos sucedieron por muerte del pío disponente D. Juan Bordils y Tamarit, y sobre las liquidaciones que habían de separar los bienes libres de los vinculados; y en cumplimiento de lo acordado, los referidos Villalonga y Boneo hicieron entrega á los nombrados administradores, en pago de todos los derechos que pudiesen alcanzar sobre los bienes de que estaba en posesión el citado Bordils, de los dos predios denominados Albarca y Las Focas, del término de Escoreano, comprendiéndose en la entrega el alodio de dichas dos propiedades, el que quedó en poder de los cedentes Villalonga y Boneo y de sus respectivos sucesores, conviniéndose además en la escritura que se relata otros pactos y condiciones de menor importancia:

Resultando que fué presentada una copia habilitada como primera de dicha escritura, en la oficina del Registro de la propiedad de Inca, y una solicitud ó nota supletoria firmada por Don Antonio Villalonga y Pérez, hijo del otorgante de que queda hecho mérito, D. Francisco Mariano Villalonga y Escalada, describiendo el citado predio Albarca, y manifestando al propio tiempo que en el día se halla inscrito dicho inmueble á favor de D. Luis Gomila y Pujol; pero que, sin embargo, se pretende la inscripción del expresado documento «para que pueda ser admitido en juicio»:

Resultando que el sustituto encargado del despacho de la oficina no admitió la inscripción solicitada por observarse el defecto «de que la finca de que se trata en la escritura de transac»ción aludida aparece inscrita á nombre de D. Juan Luis Gomila »y Pujol por compra que hizo al Estado en virtud de escritura »de 31 de Enero de 1873, y que autorizó el Notario D. Gaspar »Sancho; y no pareciendo subsanable dicha falta, tampoco es ad»misible la anotación preventiva:»

Resultando que, en vista de la anterior nota, se entabló por el memorado D. Antonio Villalonga el presente recurso gubernativo con la pretensión de que se declarase que la mencionada escritura de transacción es un título inscribible, con arreglo al art. 392 de la ley Hipotecaria, y alegando como fundamento que si bien el artículo 17 de dicha ley, en que se funda la negativa del Registrador, prescribe que inscrito ó anotado preventivamente cualquier título traslativo de dominio de bienes inmuebles, no podrá anotarse ó inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita ó grave la propiedad del mismo inmueble, el art. 35 del Reglamento declara que la prohibición de inscribir títulos de fecha anterior á la del último inscrito en el Registro debe entenderse sin perjuicio de la facultad que por los artículos 389 y 392 de la misma se concede á los dueños de bienes inmuebles y derechos reales adquiridos y no inscritos antes de 1.º de Enero de 1863 para registrar con los beneficios y efectos que dichos artículos y los 390 y 391 determinan: que además de lo expuesto, los artículos 389 al 392 de la ley permiten de un modo absoluto la inscripción de los expresados títulos antiguos, y sólo se hace distinción en cuanto á los beneficios y efectos entre las adquisiciones hechas en el período de noventa días atrás, y las más antiguas y las inscripciones practicadas en el término de ciento ochenta días á contar desde la publicación de la ley en 1.º de Enero de 1871 y las que se hagan después; pero permitiendo de una manera terminante el citado art. 392 que transcurrido el término de los ciento ochenta días se puedan inscribir también los inmuebles y derechos reales adquiridos antes de la fecha de 1.º de Enero del 63, aunque la inscripción no perjudicara á tercero, sino desp[illegible] de su fecha; y por último, que con la inscripción controverti[illegible] no pretende el recurrente prejuzgar cuestión alguna sobre su va[illegible]ez y sus efectos, ni tampoco contradice la practicada á favor de [illegible]n

Juan Luis Gomila; antes por el contrario, la coadyuva, puesto que dicho interesado adquirió la finca en virtud de compra que hizo al Estado, cuya entidad jurídica deriva de la cofradía de San Pedro y San Bernardo, que la poseía como administradora de la obra pía de D. Juan Bordils, y la expresada administración á su vez la adquirió de D. Francisco Mariano Villalonga y de D. Martín Bonco en virtud de la escritura de transacción anteriormente referida:

Resultando que se oyó el informe del sustituto encargado del Registro, el que insistió en su negativa fundado en la prohibición absoluta del art. 17 de la ley Hipotecaria, y en que la facultad que conceden el art. 35 del Reglamento y los 389 y 392 de aquélla sólo se otorgó por un plazo determinado, después del cual no puede tener aplicación aquel artículo sin la limitación que establece el 17 de la expresada ley; y en que una vez inscrito el inmueble á nombre de un tercero, como sucede en el caso actual, no puede hacerse alteración en la inscripción sin su consentimiento ó el de sus causahabientes, según lo que prescribe el artículo 82 de la repetida ley Hipotecaria:

Resultando que el Juez de primera instancia del partido, en vista de lo alegado por las partes, y teniendo presente lo que prescribe el art. 17 anteriormente citado, declaró no haber lugar á inscribir en la oficina del Registro la escritura de transacción de que se viene haciendo mérito:

Resultando que notificada á las partes la anterior providencia, apeló de la misma el interesado D. Antonio Villalonga y Pérez; y elevado el recurso al Presidente de la Audiencia de Palma, se revocó la apelada, declarándose en su lugar, en vista de lo terminantemente dispuesto en el art. 35 del Reglamento de la ley Hipotecaria, de que aun después de transcurrido el plazo de los ciento ochenta días que marca el art. 389 de aquella ley para inscribir con los beneficios señalados en los dos artículos siguientes, podrán también inscribirse los inmuebles ó derechos reales adquiridos antes de 1.º de Enero de 1863, pero sin que tales inscripciones puedan perjudicar ni favorecer á tercero, sino desde su fecha: que es inscribible el título presentado por D. Antonio Villalonga y Pérez, tanto por ser anterior á la publicación de dicha ley, cuanto por estar comprendido en el art. 2.º de la misma, y no ha lugar que sea visto prejuzgar cuestión alguna acerca de los efectos

ulteriores que pueda producir semejante asiento por estar fuera de las atribuciones del que provee, y ser sólo propio de los Tribunales de justicia:

Vistos los artículos 17, 228 y 404 de la ley Hipotecaria, y 35 y 318 del Reglamento general dictado para su ejecución:

Considerando que la escritura de cuya inscripción se trata es anterior al 1.º de Enero de 1863, y ha sido presentada en el Registro con el objeto de acreditar la adquisición del dominio directo de la finca Albarca á favor de D. Francisco Mariano Villalonga y D. Martín María Boneo:

Considerando que la prohibición consignada en el art. 17 de la ley Hipotecaria que sirve de fundamento á la negativa del Registrador, es inaplicable en el presente caso, toda vez que los títulos relativos á dicha finca inscritos en el Registro, si bien de fecha posterior, no son *traslativos* del dominio del inmueble, sino de la simple posesión:

Considerando que, según la doctrina del art. 404 de la ley Hipotecaria, las inscripciones de posesión, á cuya clase pertenecen las verificadas en el registro abierto á la finca de que se trata, no perjudican en ningún caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, por lo cual no deben ser obstáculo para que se inscriba el título de este último, aunque sea de fecha anterior:

Esta Dirección general ha acordado declarar que la escritura otorgada en 26 de Abril de 1826 ante el Notario D. Juan Oliver y Mascaró es inscribible, á pesar de las inscripciones de posesión practicadas en el registro abierto á la finca ó predio Albarca, y en su virtud que procede dejar sin efecto la nota continuada por el Registrador al pie del documento, el que deberá inscribir dicho funcionario con arreglo á la ley Hipotecaria y su Reglamento. (*Gaceta* 29 Mayo ídem.)

Resolución de 3 de Junio de 1881.—Contradicción entre el asiento de dominio de una finca y el hecho de la posesión y suspensión de la inscripción.

Ilmo. Sr.: En el expediente instruído con motivo de la consulta formulada por el Registrador de la propiedad de Guer sobre inscripción de cierta información posesoria, de cuyo expediente resulta:

Que por escritura de 19 de Mayo de 1861 D. Ignacio de Aguirre compró á D. Gabriel de Garay la heredad llamada *Ibarbilla*, en la anteiglesia de Munguía, y se tomó razón en la antigua Contaduría, trasladándose posteriormente el asiento á los libros modernos al folio 157 del tomo I de aquella anteiglesia:

Que en el mismo Registro de Guernica se ha presentado un expediente posesorio, en el que el Juez municipal de Munguía ordena la inscripción de aquella finca á favor de Doña María Bilbao, Martina, Pedro y Anselmo Aguirre y Bilbao, viuda é hijos respectivamente del D. Ignacio de Aguirre, desde cuyo fallecimiento, ocurrido en el año 1868, data la posesión alegada:

Que en el escrito en que se solicita la información y en las declaraciones de los testigos se consigna que desde 1861 vinieron poseyendo quieta y pacíficamente la heredad *Ibarbilla* el D. Ignacio de Aguirre, su mujer y los tres hijos antes nombrados hasta la muerte del primero, «y después de este fallecimiento y el casamiento de Martina, Pedro y Anselmo, solamente la María Bilbao hasta el día de la fecha», á pesar de lo que se solicita y ordena la inscripción á nombre también de los hijos:

Que en vista de lo expuesto, el Registrador consultó: primero, si el asiento de dominio existente á nombre de D. Ignacio de Aguirre contradice el hecho de la posesión justificada por su viuda é hijos, ó lo que es igual, si el caso presente es el definido en el párrafo segundo del art. 402 de la ley Hipotecaria, y debe, por tanto, suspender la inscripción y tomar la anotación preventiva, puesto que se pide, remitiendo copia del asiento de dominio al Juez municipal de Munguía á los efectos del citado artículo; y segundo, si procede además la suspensión por la falta de congruencia que se observa entre lo alegado y testificado y lo que se insta y ordena en el referido expediente:

Que dicho funcionario manifiesta en el escrito de su consulta: que la duda primeramente expuesta se funda en que si bien parece que en términos generales la posesión no contradice el dominio, cuando como en este caso proviene aquélla de la sucesión del que á su favor tiene inscritos los derechos dominicales, no es tan claro que así sea dentro de los principios de la legislación hipotecaria, si se tiene en cuenta que el asiento de dominio subsiste aun después de verificado el de posesión, mientras no se cancele, y que, por tanto, hay simultaneidad legal entre aquel

dominio y la posesión que se alega, lo que induce contradicción, además de que el dicho de los interesados en un expediente posesorio de haber adquirido la finca de persona que la tiene inscrita á su favor no reviste la autenticidad requerida para los efectos del Registro, supuesto que la ley terminantemente dispone que las declaraciones de los testigos se contraigan al hecho y al tiempo de la posesión: que aunque esta doctrina parece la más ajustada á los buenos principios y no se opone tampoco á la distinción que implícitamente se hace en el párrafo segundo del citado art. 402, una vez que existen asientos de dominio, como son los del menos pleno de los censualistas, que no se contradicen por la posesión de los censatarios, le hacen dudar, sin embargo, por una parte respetables opiniones que sustentan la contraria, por otra la práctica de gran número de Registros; y por último, y principalmente, la doctrina afirmada en el preámbulo del Real decreto de 10 de Febrero de 1875, en el que se consigna que la posesión es un verdadero título de propiedad con el transcurso del tiempo suficiente y en los casos determinados por nuestras leyes para la prescripción extraordinaria, lo que sería ilusorio respecto de los poseedores de fincas cuyo dominio constase en el Registro, si á pesar de esto no pudiesen inscribir su posesión; en fin, que la resolución de 4 de Septiembre último, dictada por este Centro directivo, no decide el caso de esta consulta, porque parte del supuesto de que no existe contradicción entre el asiento del Registro y la posesión justificada, que es precisamente lo que aquí se duda:

Que el Juez del partido dudó asimismo de la resolución que hubiera de adoptar, y elevó la consulta á la Presidencia con las siguientes consideraciones: que entre la posesión justificada por Doña María Bilbao é hijos y el dominio inscrito á favor de Don Ignacio de Aguirre parece que existe contradicción, toda vez que el hecho que pudiera hacerla desaparecer, que es el acto de legítima transmisión de la finca del segundo á los primeros, no se halla demostrado de un modo auténtico, que es como únicamente pudiera hallar acceso en el Registro: que, por otra parte, de no admitirse las inscripciones posesorias en circunstancias tales, resultará que la ley Hipotecaria es derogatoria de la 21, tít. X , Partida 3.ª, ya que desde el momento en que el dueño de la finca la inscribiera á su nombre no tendría el poseedor me[illegible]

guno de hacer constar en el Registro su posesión, y sin esta circunstancia no cabe la prescripción, según el párrafo primero del artículo 35 de la ley Hipotecaria; y, por último, que no debe ésta considerarse derogatoria de la 21 de Partida citada, según la interpretación de los autores del Real decreto de 10 de Febrero de 1875, y según se infiere también del mismo art. 35 en su párrafo referido, que admite la posesión sin justo título:

Que el Presidente de la Audiencia, considerando que la posesión que se pretende inscribir no contradice el asiento de dominio hecho en 1831 á favor de Aguirre, en atención á que muerto éste en 1868 no puede ejercitar ningún derecho, y sí únicamente sus causahabientes, que son precisamente los mismos que alegan la posesión y á quienes, en su caso, habría de oirse, según el párrafo segundo del art 4.º, y considerando que las informalidades observadas por el Registrador en el expediente no pueden ser objeto de consulta por referirse á las formas del documento cuya calificación exclusivamente le compete, resolvió que es inscribible la posesión que acreditan la viuda é hijos de D. Ignacio Aguirre, sin perjuicio de que el Registrador califique las formas del expediente según ley:

Visto los artículos 276 y 402 de la ley Hipotecaria:

Vistos el Real decreto de 10 de Febrero de 1875 y la resolución que se cita:

Considerando que el art. 402 de la ley impone á los Registradores el deber de suspender la inscripcion de los expedientes posesorios si hallaren algún asiento de dominio no cancelado que contradiga el hecho de la posesión justificada por la información judicial:

Considerando que inscrito el dominio de la finca *Ibarbilla* á favor de D. Ignacio de Aguirre, y pretendiéndose inscribir la posesión á favor de Doña María Bilbao é hijos, es indudable que el hecho de la posesión contradice el asiento de dominio:

Considerando que no basta hacer desaparecer esa contradicción el que los interesados aleguen haber adquirido la finca por herencia del que la tiene inscrita, porque esto ni se ha acreditado . el expediente ni es susceptible de acreditarse en los de su ase, por cuya razón, sin duda, el mismo artículo establece el edio de que se inscriba la posesión no obstante esa contra- ición:

Considerando que la segunda duda que se ofrece al Registrador no puede ser objeto de consulta por no referirse á la inteligencia de artículos de la ley Hipotecaria ó de su Reglamento, únicos puntos acerca de los que se les permite consultar, según lo dispuesto en el art. 256 de dicha ley:

Esta Dirección general ha acordador resolver la consulta del Registrador de la propiedad de Guernica en el sentido de que existe contradicción entre el asiento de dominio verificado á nombre de D. Ignacio de Aguirre y la posesión que se justifica en el expediente posesorio instruído á instancia de Doña María Bilbao, Martina, Pedro y Anselmo Aguirre, por lo que deberá el Registrador suspender la inscripción pretendida, tomar anotación preventiva, si se solicita, y remitir copia de dicho asiento al Juez municipal, á los efectos del art. 402 de la ley Hipotecaria, revocando en esta parte la resolución dictada por V. I., y confirmándola en lo que se refiere al segundo punto objeto de la consulta. (*Gaceta* de 6 de Julio de 1881.)

Resolución de 9 de Diciembre de 1881.—Certificación de contribución á título de dueño por el poseedor. Su necesidad é insuficiencia de la certificación de no estar las fincas amilladas á nombre de persona alguna.

Ilmo. Sr.: En el expediente instruído con motivo de la consulta formulada por el Registrador de Monóvar sobre inscripción de una información posesoria, del cual resulta:

Que presentado en el Registro de Monóvar un expediente seguido en el Juzgado municipal de Petrel al intento de justificar la posesión en que Francisco Manuel Verdú se hallaba de dos trozos de tierra, y observando el Registrador que según la certificación administrativa los mencionados trozos no se encuentran amillarados á nombre de persona alguna, elevó consulta sobre el particular fundado en que el caso no se halla comprendido en el texto literal del art. 4.º del Real decreto de 20 de Mayo de 1878, y si bien á tenor del 6.º de la ley de 17 de Julio de 1877 debería denegarse la inscripción de aquel documento, dan lugar á duda la resolución de 4 de Septiembre de 1863 que declaró inscribible la posesión cuando la finca no resultaba incluída en el repartimiento, y la de 29 de Enero de 1878 que admitió la posibilidad

de inscribir expedientos relativos á fincas que no resultan amillaradas á nombre de persona alguna:

Que el Juez del partido estima pertinente la duda del Registrador y la eleva á la Superioridad sin resolverla; pero indicando la opinión de que la resolución de 4 de Septiembre de 1863 no debe considerarse vigente después de la ley de 17 de Julio del 77 y Real decreto de 20 de Mayo del 78:

Que el Presidente de la Audiencia declara no haber lugar á resolver la consulta: porque están comprendidos en la calificación de los Registradores la naturaleza y requisitos de los documentos necesarios para la inscripción; porque sólo pueden autorizarse las consultas relativas á la inteligencia y aplicación de los preceptos legales; y porque las dudas consultadas por el Registrador de Monóvar versan sobre las prescripciones de la ley del 77 y de su Reglamento y la contradicción que se supone existir entre ellas y las resoluciones citadas, lo cual no es materia de consulta, ni puede serlo de resolución con arreglo al art. 276 de la ley:

Visto el art. 6.° de la ley de 17 de Julio de 1877:

Considerando que la duda consultada por el Registrador de Monóvar versa sobre la inteligencia de la ley de 17 de Julio de 1877 que forma parte de la Hipotecaria, por cuya razón están comprendidos sus preceptos en el art. 276 de esta última:

Considerando que, según el espíritu y la letra del art. 6.° de la expresada ley, se exige la certificación administrativa al que intente justificar la posesión como un medio de prueba del hecho posesorio, y es evidente que para este efecto no basta una certificación en que conste que las fincas no se hallan amillaradas á nombre de persona alguna, sino que es preciso acreditar que el poseedor paga la contribución á título de dueño:

Esta Dirección general ha tenido á bien resolver la presente consulta declarando que para justificar la posesión de fincas sujetas al pago de la contribución no basta con presentar un certificado en que conste que las fincas no están amillaradas á nombre de persona alguna. (*Gaceta* del 18 de Diciembre de 1881.)

Resolución de 16 de Febrero de 1882.—Procedimiento único para inscribir la posesión.—Inscripción fundada en documentos privados anteriores al 1.º de Enero de 1863.

Ilmo. Sr.: En vista del expediente instruído á consecuencia de una instancia de D. José María Rojas, Notario de Güimar, Colegio de Las Palmas, del cual resulta:

Que el referido Notario manifestó á este Centro que en el Registro de Santa Cruz de Tenerife se admitían á inscripción los documentos privados anteriores ó posteriores al 1.º de Enero de 1863, contra el precepto del art. 409 de la ley Hipotecaria:

Y que por acuerdo de esta Superioridad se oyó al Registrador del partido, el cual hizo presente que á su juicio era perfectamente legal la inscripción de posesión justificada mediante el procedimiento que marca el art. 407 de la ley, no sólo porque hay en él más garantías de acierto que en una mera información ante el Juzgado competente, sino también porque el Real decreto de 10 de Febrero de 1875 autorizó la inscripción de posesión por *cualcualquiera* de los medios establecidos en el título 14 de aquella ley, y uno de ellos es el del mencionado art. 407, que no ha sido derogado:

Vistos los artículos 405 y 407 de la ley Hipoteria:

Visto el Real decreto de 10 Febrero de 1875:

Visto el Real decreto de 20 de Mayo de 1878:

Considerando que examinados en su espíritu y en su letra los artículos 405 y 407 de la nombrada ley, se observa que ambos tratan de las adquisiciones de inmuebles ó derechos reales fundadas en contratos privados anteriores á la publicación de la misma ley, sin que medie entre los dos otra diferencia que la de que el procedimiento establecido por el art. 405 tiene por objeto la inscripción del dominio, y los trámites prevenidos por el 407 tienden tan sólo á obtener una inscripción posesoria:

Considerando que aunque el art. 1.º del Real decreto de 10 de Febrero de 1875, dados los términos generales en que está re tado, pudiera corroborar la opinión emitida por el Registr de Santa Cruz de Tenerife, el de 20 de Mayo de 1878 dec terminantemente que el propietario que carezca de título esc *sólo* podrá justificar la posesión para el efecto de inscribir su

recho por medio del oportuno expediente instruído con sujeción á los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria;

Esta Dirección general ha acordado que sólo es inscribible la posesión justificada por los trámites que previenen la ley de 17 de Julio de 1877 y el Reglamento de 20 de Mayo de 1878, y que el procedimiento del art. 407 de la ley Hipotecaria no se refiere más que á los documentos privados anteriores al 1.º de Enero de 1863. (*Gaceta* de 21 de Febrero de 1882.)

Resolución de 12 de Septiembre de 1883.—Improcedencia de la inscripción posesoria existiendo otra inscripción anterior.—Falta de validez del art. 332 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido á nombre de Doña Rosa Larrinaga y Doña Manuela de Bilbao contra la negativa del Registrador de la propiedad de Bilbao á inscribir un certificado de posesión de una mina, pendiente en esta Dirección general en virtud de apelación interpuesta por dicho funcionario:

Resultando que en el Registro de la propiedad de Bilbao se han presentado á inscripción los dos documentos siguientes: primero, una certificación expedida en 4 de Octubre de 1882 por el Director general de Obras públicas del Ministerio de Fomento á instancia de D. Segundo Murga, como apoderado de Doña Rosa de Larrinaga, D. Tomás y Doña Manuela de Bilbao, relativa al expediente de la mina *Aurora*, sita en el término de San Miguel de Basauri, provincia de Vizcaya, en la cual literalmente se inserta el acta de la visita, demarcación y posesión de dicha mina, fecha 18 de Abril de 1848, cuya posesión se dió á D. Juan de Bilbao, sin contradicción de persona alguna ni perjuicio de tercero, por el Delegado del Jefe superior político é Inspector de Minas de la provincia, con asistencia del Ingeniero y del Escribano y testigos que se nombran, y además se inserta la resolución dictada en 6 de Noviembre del propio año por el Director general erino de Minas aprobando las referidas diligencias; y segundo, testimonio del auto judicial recaído en las actuaciones incoa- por el Procurador D. Segundo Murga, con la representación es dicha, en el que se declara herederos únicos abintestato de Juan Higidio de Bilbao, muerto en 1852, á sus hijos D. San-

tiago Mariano y Doña Gregoria María de Bilbao y Jugo; y herederos únicos abintestato del D. Santiago Mariano, muerto en 1870, á sus hijos D. Tomás, D. Feliciano, Doña Manuela y Doña Vicenta de Bilbao y Larrinaga:

Resultando que el Registrador denegó la inscripción del primero de los señalados documentos «por referirse á una posesión »pasada ó que ya no existe, en cuanto que la finca se halla ins»crita en el Registro por posesión á nombre de la Sociedad deno»minada *Mazas y Compañía, Socios de Bolueta*, como adquirente »y cesionaria del anterior poseedor D. Juan Bilbao;» y asimismo denegó la inscripción del testimonio de la declaración judicial de herederos abintestato, «porque la mina de hierro titulada *Aurora* »consta inscrita en el Registro á nombre de distinta persona que »el causante D. Juan Bilbao, y porque además debía acompa»ñarse la correspondiente escritura, en la que se consignasen to»todas las circunstancias que deben contener los documentos para la inscripción»:

Resultando que contra la anterior calificación entabló recurso gubernativo ante el Juzgado D. Segundo Murga, en nombre y con poder de Doña Rosa Larrinaga, D. Tomás y Doña Manuela de Bilbao, alegando: que aparte de que la posesión inscrita á nombre de la Sociedad citada es nula y de ningún valor legal, con arreglo á la 16.ª de las disposiciones generales del Reglamento para la ejecución de las leyes de Minas de 1859 y 1868, la negativa del Registrador está además en pugna con las prescripciones legales, señaladamente con la del art. 332 del Reglamento de la ley Hipotecaria; que en efecto, aun en el supuesto del Registrador de que el título presentado lo fuera sólo de mera posesión, procedía inscribir con arreglo al citado artículo reglamentario, haciendo mención de la circunstancia prevenida en el art. 35 del mismo Reglamento y de hallarse inscrita otra posesión contradictoria; y que aparte de esto, el título presentado no es de posesión, sino de propiedad, por tratarse de la concesión de una mina, hecha con sujeción á lo dispuesto en el art. 9.º del Real decreto de 4 de Julio de 1825, y como tal título de propiedad ha debido inscribirse en el Registro, supuesto que en el caso actual no existe obstáculo á que se refiere el art. 20 de la ley Hipotecaria, ó sea de hallarse inscrito á nombre de otra persona el *dominio*:

Resultando que el Registrador insistió en su negativa,

contestación al escrito del recurso expuso: que no se está en el caso del art. 332 del Reglamento vigente para la ejecución de la ley Hipotecaria, ya que éste se refiere al de dos posesiones contradictorias, y en el del recurso no hay más que una real y efectiva, inscrita á nombre de la Sociedad *Mazas y Compañía, Socios de Bolueta*, en virtud de los oportunos expedientes seguidos por todos los trámites legales, no existiendo en la actualidad la que se pretende inscribir á nombre de D. Juan Bilbao por haber éste fallecido hace ya treinta años, según consta del auto de declaración de herederos que se acompaña, y aparecer, además de las inscripciones verificadas á favor de la Sociedad *Mazas y Compañía*, que ésta adquirió su derecho por cesión de D. Juan Bilbao, anterior poseedor; que el certificado presentado se refiere al acta de posesión dada en 18 de Abril de 1848, y por consiguiente, no puede estar más claro que es un título posesorio y no de propiedad, aparte de que así se infiere de los artículos 8.º y 9.º del decreto de 4 de Julio de 1825, en los que se dispone que el Inspector señalará día para el reconocimiento de la labor por un Ingeniero, cuyo acto se hará ante Escribano, y en presencia del Inspector se marcará y dará posesión al interesado, poniéndose en conocimiento de la Dirección general, y el testimonio de las diligencias servirá á aquél de título para el disfrute de la mina; que disfrutar no es ser dueño absoluto, y en este caso ni aun siquiera hay el título de disfrute que exige dicho decreto, ó sea un testimonio del expediente dado por Notario ó Escribano, y no una certificación del Director general de Obras públicas, que ni legalizada está; y por último, que de las diversas teorías que corren respecto del dominio de la riqueza mineral, prevalecía en un principio la de que el Estado era dueño de ella, y en tal sentido se inspiraba el decreto citado de 4 de Julio de 1825, bien al contrario de la legislación hoy vigente, en que el Estado es únicamente el regulador de opuestos intereses, y si según el art. 30 de aquella Real disposición caducaba todo derecho al disfrute de la mina sólo por la suspensión de los trabajos durante cuatro meses, mal ede alegarse ahora una posesión interrumpida tanto tiempo y e ya no existe:

Resultando que el Juzgado confirmó la nota del Registrador razones análogas á las aducidas por este funcionario, de cuya olución apeló el Procurador Murga para ante el Presidente de

la Audiencia, exponiendo además en su escrito: que el Real decreto de 1825 no exige ni podría exigir que el testimonio del expediente para la concesión de la mina hubiese de ser expedido por Escribano, ya que dicho expediente se archiva en la Dirección del ramo, y de él sólo puede certificar el funcionario á cuya custodia se halla encomendado, como textualmente expresa la 15.ª de las disposiciones generales del Reglamento de Minas de 24 de Junio de 1868; que no es exacta la afirmación del Registrador de que el Estado no transmitía la propiedad de las minas, según la doctrina del Real decreto tantas veces citado, pues en los artículos 5.º y 15 del mismo se habla de *concesión de minas*, y se faculta á los concesionarios para disponer de ellas, como de cualquier otra cosa, *mientras cumplan* las condiciones de la concesión; no existiendo en este punto más diferencia entre aquel decreto y la legislación hoy vigente, que la de que mientras por ésta se transmite la propiedad de la mina de una manera *pura*, antes se trasmitía bajo *condiciones resolutorias*; que aunque se tratase de un título posesorio, no procedía la denegación del Registrador por referirse á una posesión *pasada*, pues ni el citado artículo 332 ni ningún otro distingue las presentes de las pasadas, y si aquel funcionario reconoce que hubiera inscrito desde luego si viviere el D. Juan Bilbao, no puede desconocer que los herederos vienen á ocupar el lugar de sus causantes, y que por tanto los de Bilbao pueden hacer lo mismo que éste haría si viviese, y finalmente, que cumpliéndose todas las circunstancias que el repetido art. 332 exige para que proceda la doble inscripción de posesión, no ha de ser obstáculo para la que se pretende la anteriormente verificada á nombre de la Sociedad *Mazas*, tanto menos, cuanto que esta última es nula de notoriedad por haberse hecho en virtud de un título ineficaz, según en el primer escrito se manifestó, mientras que la certificación presentada no tiene otro defecto como título inscribible que el *subsanable* de no hallarse legalizada:

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó el auto apelado, y en su virtud declaró inscribible la certificación o del recurso en la forma prevenida en el art. 332 del Reglam haciéndose constar préviamente los requisitos marcados artículo 9.º de la ley Hipotecaria, cuya resolución fundó e siguientes razonamientos: que la inscripción de la posesió

mina *Aurora*, hecha á favor de la Sociedad *Mazas y Compañía, Socios de Bolueta*, como hecha sin perjuicio de tercero, no puede, conforme al art. 403 de la ley Hipotecaria, perjudicar al mejor derecho de un tercero, aunque su título no haya sido inscrito; que en tal sentido, dicha inscripción no puede impedir que tenga lugar la del certificado de posesión objeto del recurso, porque si se le considera como título de dominio, es preferible á la simple posesión, y si se conceptúa como justificativo de posesión, debe ser inscrito conforme á lo preceptuado en el art. 332 del Reglamento; y en fin, que si bien es susceptible de inscripción la certificación de que se trata, para que aquélla pueda realizarse como un derecho adquirido antes de 1.° de Enero de 1863 es indispensable que se hagan constar los requisitos que bajo pena de nulidad establece el art. 9.° de la ley Hipotecaria, ya por medio de notas adicionales, como establece por analogía el art. 411 de la misma ley, ó por cualquiera de los medios establecidos en derecho:

Vistos los artículos 399 y 403 de la ley Hipotecaria y la Real orden de 28 de Agosto último:

Considerando que con anterioridad á la presentación de los documentos que han dado origen al presente recurso aparece inscrita en el Registro de la propiedad de Bilbao la posesión de la mina *Aurora* á nombre de la Sociedad *Mazas y Compañía, Socios de Bulueta:*

Considerando que si bien con arreglo á los artículos 399 y 403 de la ley Hipotecaria, las inscripciones de posesión se verifican siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho, surten el efecto de impedir que se inscriba el dominio á favor de persona distinta mientras no se declare que es de mejor derecho que el que tiene inscrita la posesión:

Considerando que tal declaración sólo pueden hacerla los Tribunales en el correspondiente juicio, y no habiéndola obtenido los recurrentes, no es inscribible el certificado que presentan como título de dominio:

Considerando que tampoco como título posesorio es inscribible porque hay una inscripción, también de posesión contradictoria, y hoy no puede invocarse con éxito la disposición contenida en el art. 332 del Reglamento, porque éste, según ha declarado la Real orden de 28 de Agosto último, no tiene ya aplicación;

Esta Dirección general ha acordado revocar la providencia apelada y confirmar la nota del Registrador de la propiedad de Bilbao. (*Gaceta* de 28 de Septiembre de 1883.)

Resolución de 19 de Septiembre de 1883.—Validez de la inscripción posesoria. No puede ser ventilado en recurso gubernativo y surte todos los efectos concedidos por la ley á los asientos del Registro.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo instruído ante el Juzgado de Hoyos por D. Antonio Gamonal Sevillano á consecuencia de la negativa del Registrador del partido á inscribir una escritura de adjudicación pendiente en este Centro en virtud de alzada del citado funcionario:

Resultando que en el año de 1867, y á virtud de demanda entablada por Doña Francisca Durán y Franco, siguióse por todos sus trámites en el Juzgado de Hoyos un interdicto para adquirir la posesión de la décima parte de una dehesa titulada *De Abajo*, en el cual recayó sentencia que causó ejecutoria, amparando en la posesión á la Doña Francisca:

Resultando que presentado un mandamiento en el Registro de Hoyos al intento de que se inscribiese la posesión así declarada, tomó el Registrador anotación preventiva por haber suspendido la inscripción á consecuencia de los defectos siguientes: primero, no estar acreditada la posesión por ninguno de los medios que establecen el art. 397 de la ley y el Real decreto de 25 de Octubre de 1867, y segundo, no poder hacerse informaciones posesorias de bienes adquiridos después de 1.º de Enero de 1863 y ser posterior á esta fecha la adquisición de Doña Francisca Durán:

Resultando que para conseguir una inscripción definitiva presentó esta señora al Registrador de Hoyos un testimonio de cierta ejecutoria obtenida por su padre en un interdicto de retener la posesión, en vista de cuyo documento inscribióse pri ro la finca á nombre de D. Francisco Durán y después al de su ija Doña Francisca, por ser la falta de previa inscripción la que n cipalmente había motivado la anotación preventiva:

Resultando que muerta la poseedora en 1.º de Dic re

de 1875, sus hijos y herederos D. Gregorio, Doña Andrea y Doña Filomena Pardo y Durán se adjudicaron pro indiviso la nombrada parte de dehesa, y habiéndola vendido á D. Antonio Gamonal Sevillano, trataron de inscribirla á su favor, á cuyo efecto presentaron al Registrador de Hoyos una copia de la escritura de aceptación de herencia otorgada en Ceuta á 21 de Agosto de 1881:

Resultando que al pie de este documento puso el Registrador de la propiedad de Hoyos la siguiente nota: «Suspendi la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables »de no aparecer inscrito el dominio ni la posesión tal cual la ley »lo exige á favor del transmitente, toda vez que la inscripción de »posesión de la finca que comprende, único asiento que existe en »el Registro moderno, ha sido tomada con posterioridad al planteamiento de la ley Hipotecaria, en virtud de una sentencia de »interdicto, cuyo título no es inscribible, y aun instrito, no por »eso adquiere el carácter de transmisible, de que carecía antes »de la inscripción, porque ésta, con arreglo á la ley, no altera la »naturaleza civil de los actos que comprende; y tomada en su »lugar anotación preventiva, etc.»

Resultando que contra esa calificación promovió recurso gubernativo D. Antonio Zanca, á nombre de D. Antonio Gamonal Sevillano, y pidió se declarase inscribible el documento, fundado en que es un hecho que la finca en cuestión consta inscrita á nombre de Doña Francisca Durán, de donde se infiere que tiene un derecho indiscutible para transmitirla; en que las inscripciones practicadas en los Registros de la propiedad están bajo el amparo de los Tribunales, y cualesquiera que sean los defectos de que adolezcan, sólo por ellos pueden ser anuladas y nunca por los Registradores ni por sus Superiores jerárquicos; en que esta doctrina se funda en los preceptos de la Ley y en las resoluciones de la Dirección de 29 de Abril de 1874, 4 de Marzo de 1876 y 16 de Marzo de 1880, y en que, para la resolución de este recurso, es de importancia decisiva el acuerdo de este Centro de 30 de Noviembre de 1871, que declaró inscribibles las sentencias dictadas en los interdictos de adquirir:

Resultando que oído el Registrador de Hoyos, informó: que no siendo inscribible la sentencia recaída en un interdicto de adquirir, es obvio que su indebida inscripción no puede darla un

carácter de que antes careciera; que, aun suponiendo que esto no es lo legal, las sentencias de interdictos no declaran más que la mera tenencia, ni tienen el carácter de ejecutorias, ni producen excepción de cosa juzgada, ni surten más que efectos transitorios, por lo que bien puede asegurarse que Doña Francisca Durán no tiene, según el Registro, capacidad jurídica para disponer de la finca, ni como dueña, ni como poseedora; que nunca se ha propasado á considerar nulas las inscripciones hechas en los libros, por cuya razón son inoportunos los argumentos alegados por el recurrente, y finalmente, que tampoco tienen aplicación al caso que se discute las Resoluciones de la Dirección por él citadas:

Resultando que el Juez delegado confirmó la negativa del Registrador, y elevado el recurso á la Presidencia, en virtud de alzada del interesado, recayó un acuerdo revocatorio del apelado, en que se declara inscribible el documento, por razones análogas á las invocadas por el recurrente:

Vistos el art. 77 de la ley Hipotecaria y las Resoluciones de la Dirección de 17 de Febrero y 23 de Julio de 1877, 1.º de Julio de 1881 y 13 de Septiembre último:

Considerando que inscrita la posesión de la décima parte de la dehesa nombrada *De Abajo*, no cabe ventilar en un expediente gubernativo la validez de tal asiento, pues esto es de la exclusiva competencia de los Tribunales de justicia, según tiene declarado este Centro en repetidas ocasiones:

Considerando que de lo expuesto se infiere que hay que respetar la inscripción de Doña Francisca Durán, atribuirla todos los efectos que la ley concede á los asientos que aparecen en los libros del Registro y reconocer que los herederos de aquella señora tienen ya cumplido el requisito que según el art. 20 ha de preceder á toda transmisión del dominio sobre bienes inmuebles;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada y declarar inscribible la escritura que ha dado origen al presente recurso. (*Gaceta* de 30 de Septiembre de 1883.)

Resolución de 25 de Junio de 1884.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo instruído á instancia de D. Gabriel Jover y Cerdá contra la negativa del Registrador de la propiedad de Palma á inscribir una información posesoria, pendiente en este Centro en virtud de apelación del interesado:

Resultando que en el expediente posesorio instruido en el Juzgado municipal de Estallenchs por D. Gabriel Jover y Cerdá, presentó este interesado dos certificaciones administrativas en que constaba que pagaban la contribución á título de dueños los padres de aquél D. Mateo Jover y Doña Isabel Cerdá, fallecidos en 1867 y 1877 respectivamente, y dos recibos talonarios correspondientes al año económico de 1878 á 1879, en que aparecían pagando la cuota por razón de impuesto territorial los dichos Gabriel é Isabel:

Resultando que seguido el expediente por todos sus trámites, declararon los testigos que Gabriel Jover y Cerdá venía poseyendo las fincas desde el fallecimiento de sus padres, y se dictó un auto en 17 de Marzo de 1879 ordenando se inscribiese la posesión á nombre de aquél:

Resultando que presentado el expediente de que se ha hecho mérito en el Registro de Palma de Mallorca, puso á su pie el Registrador una nota concebida en estos términos: «No admitido á »inscripción, porque de las certificaciones de estadística y reci»bos talonarios que con la demanda se presentaron aparece que »la contribución por las fincas cuya posesión se trata de inscribir »se paga á nombre de Mateo Jover y de Isabel Cerdá respectiva»mente, que se dice fallecidos en 4 de Abril de 1867 y 25 de No»viembre de 1877»:

Resultando que D. Juan Carbonell, en representación de Don Gabriel Jover, promovió el presente recurso gubernativo y solicitó se declare inscribible el expediente posesorio, fundado en las siguientes razones: que cuando el que trata de inscribir la posesión es heredero del anterior poseedor, en lugar de la certificación del amillaramiento, debe presentar el último recibo de contribución satisfecha por éste: que el recurrente no podía obtener tal certificación á su nombre sin darse de alta en el amillaramiento, para esto se necesitaba la previa presentación de un título de que carece todo el que solicita una información posesoria: que

por esta razón no es extensiva la regla general de las certificaciones administrativas á las adquisiciones de fecha reciente; y que en este mismo sentido ha interpretado la ley el Registrador de Palma en varias ocasiones:

Resultando que el Registrador de Palma informó que, según la regla 4.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria, el poseedor que no pueda acreditar el pago de ningún trimestre de contribución por ser su adquisición reciente, podrá inscribir su derecho, si lo adquirió por herencia, presentando el último recibo de contribución que el anterior poseedor haya satisfecho: que por esto mismo cuando la adquisición no es reciente y se paga la contribución á nombre del causante, hay que empezar por inscribir la posesión á nombre de éste para poder inscribir después el título posesorio; que si Gabriel Jover no ha probado que paga la contribución, ni aun siquiera que es heredero de sus padres, que son los que aparecen como dueños en el amillaramiento, es evidente que la nota denegatoria es arreglada á derecho; y que confirman esta opinión las Resoluciones de 23 de Noviembre de 1876 y 21 de Mayo de 1879:

Resultando que el Juez de primera instancia declaró no haber lugar al recurso, y confirmó la negativa del Registrador, fundado: primero, en que no puede inscribirse la posesión á nombre de persona distinta de aquella que paga la contribución á título de dueño, cuya disposición no admite excepción alguna; segundo, en que estima acertada la interpretación dada por el Registrador á los párrafos tercero y cuarto del art. 398 de la ley; tercero, en que cuando ha transcurrido mucho tiempo desde la muerte del causante hasta que el heredero solicita la inscripción de posesión, si no acreditara éste el pago de la contribución faltaría al expediente su base fundamental, mayormente cuando, como acontece en este caso, sólo por el dicho demandante consta su cualidad de heredero:

Resultando que remitido el expediente á la Presidencia en virtud de apelación interpuesta por el recurrente, recayó una resolución confirmatoria del auto apelado por estimar justos los fundamentos que comprede:

Vista la Real orden de 14 de los corrientes:

Considerando que el caso que ha motivado este recurso ha sido resuelto por la Real orden que queda indicada:

Esta Dirección general ha acordado que el Registrador de la propiedad de Palma proceda á anotar preventivamente el expediente posesorio que dió origen al recurso, si lo solicita el interesado, y que convierta esa anotación en inscripción, si dentro del plazo de sesenta días se vuelve á presentar el expediente con el certificado en que conste que la finca ha sido amillarada á nombre de D. Gabriel Jover y Cerdá. (*Gaceta* del 29 de Agosto de 1884.)

Resolución de 1.º de Abril de 1885.—Certificación del pago de contribución por el poseedor á título de dueño: improcedencia de la inscripción por la no presentación de ella.

Ilmo. Sr.: El recurso gubernativo interpuesto por D. Eugenio Escudero en nombre de D. José de la Sota y Ortiz contra la negativa del Registrador de la propiedad de Valmaseda á inscribir un expediente posesorio, pendiente en este Centro en virtud de apelación del interesado:

Resultando que D. José de la Sota y Ortiz instruyó un expediente ante el Juzgado municipal de Sopuerta en el año 1884 con el objeto de acreditar que desde hacía quince meses se hallaba en posesión de varias fincas; y previa información de testigos y dictamen fiscal, recayó un auto aprobando las diligencias practicadas y ordenando se inscribiese la posesión á nombre del solicitante:

Resultando que presentado ese expediente en el Registro de la propiedad de Valmaseda, fué suspendida su inscripción «por no acompañarse certificado, haciendo constar que las fincas en él comprendidas están incluídas en los libros de amillaramientos que lleva la Corporación municipal del Concejo de Sopuerta»:

Resultando que D. Eugenio Escudero, con la representación de que se ha hecho mérito, promovió recurso gubernativo contra la anterior calificación, y al intentar demostrar su improcedencia hizo presente: que la regla 4.ª reformada del art. 398 de la ley hipotecaria no es aplicable á bienes radicantes en provincias como la de Vizcaya, en que no se hallan sujetos los inmuebles á tributación; y que así lo ha debido entender el Registrador de Valmaseda, que ha inscrito constantemente los expedientes po-

sesorios sin exigir la certificación catastral que ha echado de menos en el que nos ocupa:

Resultando que oído el Registrador de Valmaseda informó: que en Vizcaya se pagan contribuciones; que todos los expedientes posesorios inscritos en su oficina iban acompañados de la oportuna certificación administrativa, y que aun suponiéndose que algún Ayuntamiento no tuviera datos estadísticos por no serles necesarios ó por otra causa, no por eso dejaría de exigir aquella certificación, que es al fin y al cabo una garantía de no escaso valor:

Resultando que reclamada por el Juez delegado certificación del Ayuntamiento de Sopuerta de si existe en aquel Archivo amillaramiento y se hacen en él las alteraciones anuales convenientes, ó si no hay otro que el formado hace muchos años para atender á los gastos de la guerra de África, la expidió el Secretario de aquél Concejo, y consta en ella: que para repartir los tributos del culto y clero, y el que ha venido á reemplazarle, llamado del contingente provincial, se ha tenido y se tiene en cuenta la propiedad territorial del contribuyente, fijándose la cuota que debe pagar el particular por una comisión que se nombra en cada barriada; y que con arreglo á estos datos, se vienen facilitando las certificaciones que han pedido y obtenido todos los que han hecho informaciones de posesión, en conformidad á las disposiciones de la ley Hipotecaria:

Resultando que el Juez delegado, en vista de estos antecedentes, confirmó la negativa del Registrador, fundado en los artículos 398 y 399 de la ley Hipotecaria, y en que existiendo en Sopuerta, no obstante lo alegado en contrario por el recurrente, antecedentes relativos á la estadística territorial, no puede prescindirse de un requisito exigido por aquellos preceptos legales:

Resultando que contra esta resolución se alzó D. José de la Sota para ante el Presidente de la Audiencia de Burgos, y pidió su revocación y la de la nota del Registrador de la propiedad de Valmaseda, acompañando una certificación del Secretario del Ayuntamiento de Sopuerta, de la que aparece «que desde que se estableció el contingente provincial, los repartos que las c siones de las distintas barriadas del Concejo giran para c aquel impuesto, y las listas de las cuotas con que debe c buir cada contribuyente, obran en la Secretaría del Ay

miento; pero de tales repartos y listas no resulta que los contribuyentes aparezcan como dueños ó poseedores de fincas determinadas, ni tampoco si la riqueza, por la cual deben pagar sus cuotas en muebles ó inmuebles, etc.:

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el auto apelado por considerar: que el documento presentado con el escrito de apelación no altera la naturaleza de los hechos ni excluye la posibilidad de expedir certificación en que conste que el recurrente ha pagado la contribución provincial de culto y clero graduada por el capital que se le atribuye, imputando al mismo prudencialmente el valor de las 25 fincas cuya propiedad trata de inscribir: que siendo posterior á la publicación de la ley Hipotecaria la adquisición de las referidas fincas, no puede utilizarse el medio supletorio establecido en el art. 397: que refiriéndose la información á una compra verificada quince meses antes, debió elevarse el contrato á escritura pública, requisito que no puede suplirse por un simple expediente posesorio; y que si los contratos que exigen la solemnidad de un instrumento público pudieran formalizarse por meras informaciones, se daría ocasión á fraudes contra la Hacienda, á perjuicios de acreedores legítimos y á usurpaciones contra tercero:

Vista la orden de 17 de Julio de 1877:

Visto el Real decreto de 20 de Mayo de 1878:

Vista la Resolución de 17 de Marzo de 1879:

Considerando que con sujeción á estas disposiciones es indispensable presentar en toda información posesoria la certificación que acredite que el poseedor paga la contribución á título de dueño:

Considerando que ni tal documento se ha unido al expediente posesorio origen de este recurso, ni se ha acreditado que el Ayuntamiento de Sopuerta carezca de toda clase de datos para expedir las certificaciones que previene el art. 6.° de la ley de Julio:

Considerando que la certificación unida al recurso á instancias de D. José de la Sota no quita su fuerza á la que el mismo ncejo de Sopuerta libró en cumplimiento de lo acordado por el ıez, y en la que consta que con arreglo á los datos de aquel rchivo se vienen facilitando certificaciones para las informacioes posesorias:

Considerando que la falta de la certificación administrativa es motivo de denegación con arreglo á los preceptos legales de que se ha hecho mérito;

Esta Dirección general ha acordado que se confirme la providencia apelada y la nota del Registrador. (*Gaceta* de 6 de Junio de 1885)

Resolución de 19 de Diciembre de 1885.—Cancelación de inscripción posesoria; suficiencia del acta judicial de conformidad del poseedor.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Fiscal de la Audiencia de lo criminal de León, á nombre del Estado, contra la negativa del Registrador de la propiedad de la Bañeza á cancelar una inscripción de venta, pendiente en este Centro en virtud de apelación del citado funcionario:

Resultando que por escritura otorgada en la villa de la Bañeza á 16 de Marzo de 1866, Manuel Benavides y Santos vendió á Cándido López Cueto una finca rústica, en término de Cebrones del Río y sitio llamado Camino Viejo, asegurando el comprador que la había adquirido por compra á la Hacienda en el año de 1850:

Resultando que presentado ese documento en el Registro de la propiedad de la Bañeza, fué anotado preventivamente al folio 106, tomo 4.° de Cebrones del Río, núm. 285, por no constar inscrita la propiedad de la finca á favor del trasmitente; anotación que fué convertida en inscripción algunos años después, por haberse acreditado, en defecto del título escrito, la posesión de la finca á favor del Benavides:

Resultando que en el año de 1877 enajenó esa finca el Estado á D. Matías Casado, que cedió el remate á D. Hilario Fernández, y como éste intentara entrar en posesión del inmueble, opúsose á ello D. Cándido López, suscitándose con este motivo un expediente que terminó por Real orden de 24 de Abril de 1884, declarando válida la enajenación de 1877, reservando su derecho á López Cueto para que reclamara contra el que le vendió la fin y mandando se comunicasen las oportunas instrucciones al nisterio fiscal para que obtuviese la nulidad del título que in caba el dicho López:

Resultando que en cumplimiento del último extremo de los que comprendía la citada Real orden, se comunicó ésta á la Fiscalía de la Audiencia de lo criminal de León, acompañándose instrucciones de la Dirección de lo Contencioso del Estado, y presentada por certificación aquella Real disposición al Registrador de la propiedad de la Bañeza en demanda de que se cancelase la inscripción posesoria de Benavides, puso á su pie dicho funcionario una nota concebida en estos términos: «No admitida la cancelación de inscripción solicitada en atención á no ser el documento por virtud del cual se pide de los que determina el artículo 82 de la ley Hipotecaria; no comprender la precedente Real orden de 24 de Abril último, acto de nulidad que afecte á la persona á cuyo favor resulta hecha la inscripción que se pretende cancelar, según los artículos 24 y 25 del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864; y no declararse en la misma Real orden nula la enajenación hecha por Manuel Benavides á favor de Cándido López Cueto; y no pareciendo, etc.»:

Resultando que el Ministerio fiscal recurrió gubernativamente contra esa calificación y pidió se dejase sin efecto, alegando: que al resolver la Real orden de Abril la validez de la enajenación hecha por el Estado, declara implícitamente la nulidad de la información posesoria instruída á nombre de Manuel Benavides; que lo prescrito por los artículos 24 y 25 del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864 no tiene aplicación al presente caso en que se trata de cancelar una inscripción de posesión obtenida por un particular bajo el falso supuesto de que había adquirido la finca por compra al Estado, y que aun cuando el Manuel Benavides cultivara durante algunos años la tierra que nos ocupa, como peón caminero por ser contigua á la carretera en que trabajaba, semejante posesión, tolerada de ordinario á los peones camineros, ni podía convertirle en dueño, ni tener otro carácter que el de ejercerse en representación del Estado.

Resultando que oído el Registrador de la propiedad de la Bañeza, sostuvo su calificación fundado en que sólo los Jueces y Tribunales pueden conocer y fallar sobre derechos civiles, y por tanto sobre la validez ó nulidad de los títulos é inscripciones; doctrina que reconoce la misma Real orden que de contrario se invoca cuando dice: «que procede obtener la declaración de nulidad del título que invocó el dicho López, para lo cual deberá de-

volverse el expediente á la Dirección general de lo contencioso á fin de que se comuniquen las instrucciones oportunas al Ministerio fiscal para obtener la cancelación de la inscripción que en el Registro de la propiedad aparece hecha á favor del repetido López:»

Resultando que el Juez delegado, antes de dictar resolución en el fondo de este asunto, acordó se notificase á D. Cándido López la pretensión aducida por el Ministerio fiscal, y cumpliendo ese acuerdo compareció á la presencia judicial el citado interesado, que hizo presente: «que en evitación de gastos y cuestiones que le habían de costar más de lo que dicha finca importa, renuncia desde luego á ejercitar el derecho que pudiera tener para oponerse á la cancelación pretendida, y se conforma en que se lleve á efecto dicha cancelación como se pretende»:

Resultando que pedida para mejor proveer certificación de los asientos que obran en el Registro de la Bañeza con referencia á la finca en cuestión, fué librada por el funcionario encargado de aquella oficina, constando en dicho documento que la última inscripción que figura en el registro particular de la finca es de conversión de la anotación preventiva tomada cuando se presentó el título de compraventa otorgada por Manuel Benavides á favor de López Cueto.

Resultando que en vista de todos estos antecedentes mandó el Juzgado que se llevara á efecto la cancelación pretendida por el Fiscal; acuerdo que se funda en que consta de una manera formal y solemne el consentimiento de D. Cándido López, y en que, por tanto, se ha cumplido lo que previene el art. 82 de la ley Hipotecaria:

Resultando que elevado el recurso á la Presidencia en virtud de alzada del Registrador, fué confirmado el auto apelado por sus propios fundamentos:

Considerando que la calificación del Registrador de la Bañeza es perfectamente legal, porque las inscripciones de posesión no pueden anularse, á menos que consienta en ello el poseedor ó se obtenga sentencia firme en el correspondiente juicio declarativo, y porque la Real orden de 24 de Abril de 1884 mandó se comunicaran las oportunas instrucciones al Ministerio Fiscal para obtuviese la nulidad del título de D. Cándido López, nuli que debió reclamarse ante los Tribunales por ser insuficien vía gubernativa:

Considerando que estos principios inconcusos no pueden servir para resolver el presente recurso gubernativo, dado que durante la tramitación del mismo ha surgido un incidente que no puede menos de tener transcendencia suma, y es la libre y expontánea manifestación del interesado D. Cándido López Cueto que ha declarado renuncia á su derecho de oponerse á la cancelación y se conforma con que ésta se lleve á cabo cual se pretende:

Considerando que hecha esta manifestación ante el Juez y el Escribano, el acta en que consta, firmada por dichos funcionarios y además por el López Cueto, debe estimarse documento auténtico á los efectos del art. 82 de la ley Hipotecaria:

Esta Dirección general ha acordado que se presenten al Registrador de la Bañeza los títulos aducidos al incoar este recurso con el documento en que consta la comparecencia de D. Cándido López Cueto á la presencia judicial y las declaraciones hechas por este interesado, después de lo cual se procederá á cancelar la inscripción de dicho interesado y á inscribir la escritura de venta otorgada por el Estado en el año de 1877. (*Gaceta* del 28 de Febrero de 1886.)

Resolución de 19 de Noviembre de 1885.—Improcedencia de la inscripción de venta de una finca inscrita á nombre de persona distinta del vendedor. La inscripción de posesión sólo puede anularse por juicio declarativo en perjuicio de tercero, y no por un acto del mismo poseedor.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por D. Andrés López Anaya contra la negativa del Registrador de la propiedad de Cabra á inscribir una escritura de venta judicial, pendiente en esa Dirección en virtud de apelación del interesado:

Resultando que por testamento otorgado en 16 de Noviembre de 1831 por D. Juan Antonio Ruano y Aguilera y Doña Antonia Ramona de Piedra Castilla, mejoraron éstos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á sus nietos D. Juan Antonio, Don Manuel María, D. Felipe María y D. Antonio María de la Corte y Ruano, hijos de D. Felipe de la Corte y Doña María del Cármen Ruano, mejora que habían de gozar en usufructo los indicados nietos y en propiedad los hijos de éstos, y para cuyo pago seña-

laron los testadores el cortijo llamado del Castillejo y dos tierras nombradas *Cañada de las Perchas* y *Valdelomar*:

Resultando que muertos los testadores, la Doña María del Carmen Ruano y dos de los hijos de ésta, D. Manuel María y Don Antonio María, practicáronse las operaciones de testamentaría que fueron protocoladas en 27 de Agosto de 1866; mas como entonces no se hubiere hecho expresa mención de la mejora de tercio y quinto, otorgaron otra escritura sobre sustitución de bienes y designación de los mismos para la mejora D. Felipe y D. Juan Antonio de la Corte en 12 de Abril de 1877:

Resultando que algunos años antes, ó sea el 2 de Abril de 1872, otorgó otra escritura el primero de dichos señores, confesando haber recibido una cantidad de D. José López Esteivas é hipotecando al pago la hacienda de Valdemolar y la de Las Perchas:

Resultando que por no haber satisfecho el deudor los intereses estipulados se promovió un juicio ejecutivo, en que suscitó una tercería de dominio D. Juan Antonio de la Corte Ruano, la cual terminó con la absolución del demandado, y continuando después aquel juicio, se otorgó al fin una escritura pública el día 24 de Diciembre de 1883, en la que el Juez de primera instancia del distrito del Salvador, de Sevilla, en nombre de D. Felipe de la Corte, vendió á D. Andrés López Anaya las dos tierras de que antes se ha hecho mérito:

Resultando que presentada esta escritura en el Registro de la propiedad de Cabra, fué denegada su anotación preventiva por haberse efectuado la venta en nombre de D. Felipe de la Corte y Ruano, y corresponder el dominio de las fincas á las mejoras de tercio y quinto establecidas por D. Juan Antonio Ruano y Doña Antonia Ramona de Piedra, específica y determinantemente sobre dichas fincas:

Resultando que D. Andrés López Anaya recurrió gubernativamente contra la anterior calificación, y pidió quedase sin efecto, fundado: en que por la escritura de 27 de Agosto de 1866 se adjudicaron á D. Felipe de la Corte y Ruano las haciendas Las Perchas y Valdelomar, que fueron inscritas á nombre del adjudicatario, después de haberlo sido por vez primera á favor de Dª María del Carmen Ruano en virtud de expediente posesorio; q de esto se infiere que pudo hipotecar dichas fincas sin que se

licito resolver gubernativamente acerca de la validez ó nulidad de su título; que al otorgarse la escritura de 12 de Abril de 1877, ya se había promovido juicio ejecutivo contra las fincas hipotecadas, las cuales se habían sacado á pública subasta, por cuya razón es evidente que los nuevos adquirentes de aquéllas debían tomar las cosas en el estado en que á la sazón se hallaban; que la referida escritura del 77 no se opone á la inscripción que se pretende, dado que por virtud de ella no es dueño de los inmuebles en cuestión ninguno de los otorgantes, ni todos ellos reunidos, como lo prueba el hecho de no haberse satisfecho impuesto alguno por tal concepto; que tampoco es obstáculo á la inscripción la ejecutoria recaída en la tercería de dominio, sino que antes bien la confirma, puesto que si el que intentó hacer valer su derecho contra el acreedor hubo de ceder, no han de ser de mejor condición los que ni intentaron siquiera ese recurso legal, sin duda porque al otorgarse la ya citada escritura de 12 de Abril de 1877 tenían noticia de que antes de ella existía un crédito hipotecario, y por último, que una vez inscrito el derecho de Don Felipe de la Corte y el del acreedor hipotecario, para que un tercero pueda ser considerado como dueño á quien no alcancen los efectos de la hipoteca, es menester que obtenga tal declaración en juicio contradictorio:

Resultando que oído el Registrador de Cabra, informó que las inscripciones hechas á favor de Doña Carmen Ruano y Don Felipe de la Corte son de posesión, de donde se infiere que la hipoteca constituída por este sólo transmitió á su acreedor un derecho real sin perjuicio de tercero que pudiera justificar el de propiedad á las fincas; que éstas, como incluídas expresa y determinadamente en las mejoras de tercio y quinto de que ya se ha hecho mérito, tenían un dueño que no era ni Doña Carmen Ruano ni D. Felipe de la Corte, y al que por tanto no podía perjudicar la hipoteca constituída por éste, mero poseedor de los inmuebles; que inscrita ya la propiedad de las fincas Valdelomar y Perchas á favor de las dichas mejoras, esa inscripción se im-
ne á las anteriores de posesión y las de ellas derivadas, que esa
cripción de dominio ha puesto de relieve el ningún derecho
a que D. Felipe de la Corte constituyó la hipoteca que ha mo-
ido la venta, por cuya razón, venta é hipoteca quedan sin
or, con arreglo al art. 126 de la ley Hipotecaria, y que hecha

la enajenación á nombre del que, según el Registro, no es dueño de las tierras, lo procedente es denegar, con arreglo al art. 20 de la misma ley.

Resultando que el Juez delegado confirmó la negativa del Registrador de la propiedad por las mismas razones que éste alega en su informe:

Resultando que elevado el expediente á la Presidencia, fué confirmado el auto apelado por sus propios fundamentos:

Resultando que pedida para mejor proveer al Registrador de la propiedad de Cabra certificación de las inscripciones practicadas con referencia á las fincas comprendidas en este recurso, aparece de la librada por dicho funcionario, que en los Registros abiertos á los caseríos de Valdelomar y Las Perchas existen, entre otros, los siguientes asientos: primeramente una inscripción posesoria verificada á favor de Doña María del Carmen Ruano, en que se expresa que ésta adquirió la finca como heredera de D. Juan Antonio Ruano; en segundo lugar otra inscripción (número 2) de herencia y adjudicación á nombre de D. Felipe de la Corte, por haber adquirido éste la finca á la muerte de su madre Doña María del Carmen Ruano; tercero, una inscripción (5.ª) de hipoteca constituída por el D. Felipe á favor de D. José López Esteivas y Cuadrado; cuarto, otra inscripción (9.ª) de adquisición de esa hipoteca por título hereditario á nombre de D. Andrés López Anaya; y quinto, otra inscripción (10) á favor de las mejoras hechas por Juan Antonio Ruano Calderón y Aguilera y Doña Antonia Ramona de Piedra Castilla y Reyes, en la cual se hace mención de que D. Felipe María de la Corte continuará usufructuando la finca:

Visto el art. 20 de la ley Hipotecaria:

Considerando que inscrita la mera posesión de las fincas de que se trata á nombre de Doña María del Carmen Ruano Calderón, todos los asientos que arranquen de ese deben ser también de posesión, á menos que una sentencia firme declare que la prescripción convirtió aquel derecho en dominio, ó bien que se presente un título justificativo de la propiedad de dicha señ

Considerando que, no obstante esto, figura ya en el Regi una inscripción de dominio á favor de las mejoras de terc quinto, sin que aparezca modificada en lo más mínimo la p tiva inscripción extendida á favor de Doña María del Carr

Considerando que las inscripciones sólo pueden ser anuladas por los Tribunales en el juicio correspondiente, de donde se infiere que una vez hecha aquella inscripción de dominio, hay que tomarla en un recurso gubernativo, como punto de partida para la resolución que se adopte:

Considerando que las inscripciones de posesión son siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho, consecuencia de la naturaleza propia del hecho posesorio; por cuya razón los derechos que se constituyen por el poseedor sobre la finca poseída llevan consigo la amenaza de una rescisión si llegase el caso de promover el dueño la acción reivindicatoria y obtener por su mediación la nulidad de la inscripción posesoria:

Considerando que en el caso de este recurso no se ha promovido semejante juicio declarativo, sino que el mismo poseedor del inmueble hipotecado, D. Felipe de la Corte Ruano, ha reconocido en una escritura que no era dueño de las fincas, ya que la propiedad de éstas pertenecía á ciertas mejoras, correspondiéndole tan sólo el usufructo, escritura que ha sido bastante para modificar sus derechos en el Registro y motivar una inscripción de dominio á favor de los hijos del poseedor:

Considerando que si tal declaración no perjudicara más que al poseedor, sería perfectamente legítima; pero mediando el sagrado interés de un acreedor hipotecario que ha obtenido la adjudicación de las fincas, después de hacer frente á una tercería de dominio y de seguir por todos sus trámites un juicio ejecutivo, es forzoso dejar á los Tribunales la completa resolución de este asunto, ya que este Centro no puede declarar derechos ni decretar la nulidad de los asientos del Registro:

Considerando que dada esta incompetencia para entrar en la cuestión de fondo, y en vista de que las fincas han sido vendidas judicialmente en nombre de D. Felipe de la Corte y consta inscrito su dominio á favor de tercero, es forzoso aplicar el precepto contenido en el art. 20 de la ley Hipotecaria, según la cual está bien fundada la calificación del Registrador de Cabra:

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada. (*Gaceta* de 5 de Febrero de 1886.)

Resolución de 4 de Abril de 1885. — *La inscripción posesoria perjudica y favorece á terceros en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesión; uno de estos efectos es el mantenimiento en la posesión al que la tiene inscrita á su favor en tanto no se declare judicialmente la preferencia del derecho de propiedad y se ordene su inscripción en el Registro.*

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por la representación del Sr. Marqués de Camposagrado contra la negativa del Registrador de la propiedad de Pola de Laviana á verificar cierta inscripción pendiente en este Centro, en virtud de apelación del interesado:

Resultando que por escritura otorgada en 24 de Mayo de 183, D. Carlos Antonio Casaprín Argüelles y su hijo D. Ramón María vendieron á D. Francisco Bernaldo de Quirós, Marqués de Camposagrado, un foro de cuatro fanegas de pan de escanda de renta impuesto sobre las caserías de Camellera y otra casería nombrada del Navaluco, tomándose razón de la escritura al folio 242 vuelto del libro 1.º de Ciaño:

Resultando que D. Juan Antonio de Naves, Benito Aller, Francisco Vázquez, Francisco García y Ramona de Torre reconocieron por escritura de 5 de Marzo de 1841 á Doña María Jacoba Valdés Inclán, viuda del Marqués de Camposagrado, por señora del dominio directo de un foro de tres fanegas de renta impuesto sobre la casería y bienes de Camellera; cuya escritura fué también razonada al folio 10 vuelto, del libro 2.º de la misma parroquia:

Resultando que en el año de 1851 fué reconocido de nuevo el dominio directo de Doña María Jacoba Valdés por Benito Aller y consortes, haciéndose constar este nuevo reconocimiento en el folio 287 del libro 4.º de la antigua Contaduría:

Resultando que en virtud de expediente instruído en el Juzgado de primera instancia de Pola de Laviana fué inscrita la posesión de un coto llamado «Torre de los Reyes y Camellera», á nombre del Sr. D. José María Bernaldo de Quirós, extendiéndose al efecto un asiento en el folio 180 del libro 21 de Langreo del Registro moderno:

Resultando de las inscripciones que aparecen á continuación de la anterior con los números 2.º, 3.º y 4.º: que por fallecimiento

de D. José María Bernaldo de Quirós se adjudicó la finca libre de cargas á su hijo D. José María Bernaldo de Quirós y González Cienfuegos, Marqués de Camposagrado y de la Isabela, según partición otorgada en 26 de Diciembre de 1865: que el indicado heredero hipotecó la finca á D. Emilio Carreño y Valdés por escritura de 11 de Agosto de 1871; y que en juicio ejecutivo promovido por el citado acreedor contra el Sr. Marqués de Camposagrado vendió el Juzgado á aquél la mencionada finca por escritura otorgada el día 5 de Octubre de 1881:

Resultando que Doña María Jacoba Valdés Inclán falleció el 17 de Septiembre de 1859, y en el testamento y memoria en que dejó consignada su voluntad ordenó que aquellos de sus bienes que administraba Naves pasasen en usufructo á D. Lorenzo Madariaga para que con ellos fundase una capellanía colativa, y si esto no fuere posible, ó falleciese el D. Lorenzo sin hacer la fundación, que heredase tales bienes en plena propiedad el que fuese á la sazón Marqués de Camposagrado:

Resultando que muerto D. Lorenzo Madariaga el día 29 de Febrero de 1880 promovió un expediente de información *ad perpetuam*, ante el Juzgado de Pola de Laviana D. José Muñiz, en nombre de D. José María Bernaldo de Quirós y González Cienfuegos, y ultimado ese expediente pidió en su virtud dicho señor se inscribiese á nombre de su principal, entre otras fincas y derechos, el dominio directo de las caserías de Camellera:

Resultando que el Registrador de la propiedad de Pola de Laviana no admitió la inscripción solicitada en cuanto á la finca de que se ha hecho mérito, por estar inscrita á favor de D. Emilio Carreño:

Resultando que D. Bernardo Zapico, en nombre del Sr. Marqués de Camposagrado, promovió recurso gubernativo contra la anterior calificación, y pidió se dejase sin efecto, fundado en las escrituras de 24 de Mayo de 1833 y 5 de Marzo de 1841, y en que su poderdante deriva su derecho de las personas que adquirieran el inmueble en virtud de esas escrituras, según acreditan los documentos insertos en el testimonio de cuya inscripción se trata:

Resultando que oído el Registrador de Pola de Laviana, informó: que D. Emilio Carreño adquirió é inscribió en 1881 el coto Torre de los Reyes y Camellera como libre de todo gravamen, sa inscripción impide que se verifique la del título, en cuya

virtud el actual Marqués de Camposagrado heredó en 1880 el dominio directo de la casería de Camellera: que aunque es cierto que las garantías establecidas en el art. 17 de la ley Hipotecaria son propias de los títulos traslativos de dominio, no hay que olvidar que en el caso actual la prescripción ha venido á consolidar y asegurar el derecho inscrito, dado que la primera inscripción de posesión de los bienes adquiridos por D. Emilio Carreño fué extendida en el año de 1867: que las inscripciones de posesión impiden que se inscriba el dominio á favor de persona distinta mientras no se declare que es de mejor derecho, declaración que sólo pueden hacer los Tribunales en el juicio correspondiente: que si se inscribiera el dominio directo de la casería de Camellera á favor del Marqués de Camposagrado quedaría cancelada la inscripción de D. Emilio Carreño: que si bien los documentos presentados por el Sr. Marqués de Camposagrado acreditan que heredó de Doña María Jacoba Valdés é Inclán el dominio directo de la casería que nos ocupa, falta saber si puede hacer efectivo ese título en perjuicio de tercero, ó sea de D. Emilio Carreño, que adquirió la finca libre de cargas al amparo del artículo 34 de la ley Hipotecaria, y sin que constara en el Registro que aquella finca era la misma gravada con el foro; y que lo que en el presente recurso se ventila es la validez de dos inscripciones contradictorias, y esto no puede resolverse en la vía gubernativa:

Resultando que el Juez delegado dejó sin efecto la calificación recurrida, fundado en que las tomas de razón de 1833, 1841 y 1851, referentes al dominio directo de las caserías de Camellera, surten los mismos efectos que los asientos del Registro moderno, según el art. 307 del Reglamento hipotecario, y por tanto no pueden ser canceladas sino por los medios que establece el art. 82 de la ley; en que no siendo dueño del dominio directo el recurrente en 1867, ni al constituir la hipoteca en 1871, pues estaba pendiente de la condición impuesta por Doña María Jacoba Valdés Inclán de que se espiritualizaran ó no esos bienes por el legatario del usufructo D. Lorenzo Madariaga, las tres inscripciones del censo ya mencionadas no han podido desaparecer sin anuencia de los interesados en el legado: que inscrito dominio directo en los antiguos libros, hay que averiguar si e inscripciones pueden ser canceladas sin conocimiento del du

y si una vez extendido un asiento contrario á ellas ha de prevalecer éste, ó darse la preferencia á aquéllos: que la inscripción de posesión verificada en 1867 en contra de otros asientos anteriores es de todo punto nula, y no se la puede atribuir efecto alguno sin contravenir á los principios generales de derecho y á los especiales de la legislación hipotecaria; y que la infracción de los preceptos de ésta cometida al inscribir la posesión de la caseria de Camellera á favor de quien no derivaba el derecho de quien lo tenía según el Registro, no se disculpa con la hipótesis de que el Registrador ignoraba que el coto de Torre de los Reyes y Camellera era el mismo grupo de fincas registradas, bajo la denominación de caserias de Camellera y Torre de los Reyes, por cuanto no cabe exigir ahora la indemnización en que hayan incurrido los inscribientes de 1867, con arreglo al Real decreto de 30 de Julio de 1862:

Resultando que elevado el expediente á la Superioridad en virtud de alzada del Registrador, fué revocado el auto de que se ha hecho mención: primero, porque, con arreglo al art. 82 de la Ley, no es posible cancelar la inscripción de D. Emilio Carreño mientras no preste su consentimiento ó recaiga la ejecutoria que aquel precepto exige; segundo, porque no es posible decretar la nulidad de las inscripciones en la vía gubernativa; tercero, porque es perfectamente aplicable al caso actual el art. 17 de la ley, dado que la prescripción ha venido á consolidar el derecho inscrito de D. Emilio Carreño, cuyo asiento surte los mismos efectos que el de propiedad, á no ser que los Tribunales declaren lo contrario; cuarto, porque las inscripciones de posesión impiden que se inscriba el dominio á favor de persona distinta ínterin no recaiga declaración judicial acerca de quién tiene mejor derecho á la propiedad de los bienes; quinto, porque si bien es cierto que el Señor Marqués de Camposagrado justifica que heredó de Doña María Jacoba Valdés el dominio directo de las fincas en cuestión, es muy dudoso que pueda hacer uso de tal derecho en perjuicio de tercero, con tanto más motivo, cuanto que D. Emilio Carreño alegará que el Marqués de Camposagrado carece de acción para reclamarle el dominio directo de unos bienes que él mismo le hipotecó libres de todo gravamen, y que con igual declaración le fueron vendidos judicialmente en 1861; y sexto, porque la cuestión que en el presente recurso se ventila se reduce á resolver

sobre la eficacia de dos inscripciones contradictorias, y esto no puede decidirse en un recurso gubernativo:

Vistos los artículos 82 y 403 de la ley Hipotecaria.

Considerando que las inscripciones de posesión perjudican ó favorecen á tercero en cuanto á los efectos que atribuyen las Leyes á la mera posesión:

Considerando que uno de estos efectos consiste en mantener en ésta al que la tiene inscrita á su favor mientras no obtenga el propietario una sentencia en que se declare su preferente derecho, y se ordene su inscripción en el Registro de la propiedad.

Considerando que inscrito el coto de la Camellera libre de cargas á favor de D. Emilio Carreño, por más que la inscripción de su causante sea de mera posesión, no es legal inscribir después una escritura que anula en parte los derechos de aquél, so pretexto de que tiene tan solo la mera posesión, pues que, según ya se ha dicho, las inscripciones de esta clase son tan firmes y valederas como las demás, y se hallan como todas bajo la tutela de los Tribuales de justicia:

Considerando que en contra de estas razones no es apreciable en un recurso gubernativo la de que fué improcedente la inscripción 1.ª del folio 180 del libro 21 del Registro moderno, pues sólo á los Tribunales es dado resolver en el correspondiente juicio acerca de la validez ó nulidad de los asientos é inscripciones.

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada y la nota del Registrador. *(Gaceta* de 9 de Julio de 1885.)

Resolución de 19 de Diciembre de 1886.—Certificación de pago de contribución, á título de dueño, por el poseedor: su necesidad.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por el Fiscal de la Audiencia de lo criminal de Soria contra la negativa del Registrador de la propiedad de Ágreda ó inscribir una información posesoria, pendiente en este Centro en virtud de apelación de este último funcionario:

Resultando que en virtud de sentencia dictada contra Gabino Aranda Ramos y otro instruyóse de oficio un expediente posesorio ante el Juzgado municipal de Beratón, en el cual, después de acreditarse que las fincas objeto del mismo constaban amilla

das a nombre de María Carmen Ramos, la cual estaba en posesión de ellas desde la muerte de su marido, se ordenó fuesen inscritas á favor del Gabino Aranda, por haber manifestado la María Carmen Ramos que, aunque figuraba como dueña de las nombradas fincas, éstas eran en realidad de su hijo Gabino:

Resultando que remitido el expediente al Registrador de la propiedad de Ágreda, denegó este funcionario su inscripción: 1.°, porque no está extendido el expediente en el papel que prescribe la ley del Timbre; 2.°, porque se ignora quién debe satisfacer el impuesto; 3.°, porque en la certificación del amillaramiento no consta que el procesado pague contribución por las fincas embargadas; y 4.°, porque tampoco se acredita por las declaraciones de los testigos que sea Gabino Aranda el poseedor de esas fincas:

Resultando que contra esa calificación promovió el Fiscal de la Audiencia de lo criminal de Soria el recurso que previene el Real decreto de 3 de Enero de 1876, y sostuvo la procedencia de la inscripción, fundado: en que el expediente posesorio tiene el carácter de diligencia practicada para la ejecución del fallo, y viene comprendido en el art. 48 de la ley del Timbre, lo cual explica y justifica el papel en que aparece extendido; que es indudable que el procesado es el que debe satisfacer el impuesto; y que es bastante frecuente el hecho de estar poseyendo la madre bienes pertenecientes al hijo que los heredó de su padre, y cuya partición se hizo privada y extrajudicialmente, y eso es lo que ha acontecido en el presente caso, según declaración de María Carmen Ramos, declaración que evita un despojo, que es á lo que en puridad aspira la ley Hipotecaria con las garantías que ha acumulado en la información posesoria:

Resultando que pedido dictamen al Juez de primera instancia de Borja, lo evacuó dicho funcionario en el sentido de que es fundada la negativa del Registrador en cuanto á los dos últimos defectos que alega, é infundada por lo que respecta á los otros dos:

Resultando que oído asimismo el Registrador de la propiedad de Ágreda, informó: que en atención á lo que dispone el art. 48 de la ley del Timbre, no insiste en el primero de los defectos consignados en su calificación; que el segundo estima es de fácil subsanación dentro del plazo legal, y que los dos últimos defectos están basados en preceptos legales que hacen imposible la inscripción que se pretende:

Resultando que en vista de todos estos antecedentes resolvió el Presidente de la Audiencia que debe inscribirse la información posesoria de que se trata, acuerdo que se funda en las siguientes razones: primera, que no exigiendo la ley la posesión material del dueño, ni prohibiendo que tercero posea á nombre del mismo, la expresa y no desmentida declaración de María Ramos, así como la procedencia de los bienes, son bastantes á demostrar que pertenecen al hijo de aquélla; segunda, que atendido el objeto de la información, no son defectos que impidan su inscripción el no pago del impuesto ni la clase del papel invertido, toda vez que vendidos que sean los bienes habrá lugar al preferente reintegro de una y otra responsabilidad, y tercera, que de admitirse la doctrina sustentada por el Registrador de Ágreda, sería imposible la venta de bienes embargados á los procesados, y por tanto la satisfacción de las penas y responsabilidades pecuniarias impuestas por sentencia firme, con notorio perjuicio para la Hacienda en la mayoría de los casos:

Visto el art. 245 de la ley Hipotecaria; visto el art. 48 de la ley del Timbre; visto el art. 4.º del Real decreto de 20 de Mayo de 1878; vistas las Resoluciones de 26 de Marzo de 1879 y 9 de Diciembre de 1881:

Considerando que la certificación del amillaramiento se exige en los expedientes posesorios como medio de prueba del hecho de la posesión, según declaró la Resolución de este Centro en 9 de Diciembre de 1881, de donde se infiere que cuando de ella consta que paga la contribución una persona distinta de aquella que pretende justificar su posesión, adolece el expediente de una falta que impide su inscripción á tenor del art. 4.º del Real decreto de 20 de Mayo de 1878:

Considerando que la declaración testifical prevenida por el artículo 398 de la ley Hipotecaria tiene el mismo valor probatorio, lo cual explica la responsabilidad que va inherente á tales declaraciones; por cuya razón, siendo contraproducentes las que obran en la información que ha originado este expediente, puesto que, lejos de confirmar la posesión de Gabino Aranda la contradicen, es obvio que no puede fundarse en ella una inscripc á nombre de dicho interesado.

Considerando, en cuanto á los otros dos defectos alega por el Registrador, que el de estar extendida la informació

papel de oficio no puede estimarse tal defecto, dada la Resolución de 26 de Marzo de 1879 y el art. 48 de la vigente ley del Timbre, y el de falta de pago del impuesto es un obstáculo á la inscripción con arreglo al art. 245 de la ley Hipotecaria;

Esta Dirección general ha acordado revocar la providencia apelada y confirmar la negativa del Registrador. (*Gaceta* de 19 de Enero de 1887.)

Sentencia de 12 de Enero de 1888.—La inscripción posesoria de un censo practicada con los requisitos exigidos por la ley es título suficiente para percibir los réditos en tanto no se declare su nulidad por alguna de las causas reconocidas por el Derecho.

En la villa y Corte de Madrid, á 12 de Enero de 1888, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Bujalance y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, por D. Rafael de Lora y Daza, propietario, vecino de Bujalance, y D. Juan Antonio González Canales y García, Abogado, Fiscal de la Audiencia de lo criminal de Algeciras, como marido de Doña María de los Dolores de Lora y Daza, con D. Juan Osorio Carballido, propietario, vecino de Sevilla, sobre devolución de cantidad y cancelación de una inscripción posesoria, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, y en su defensa y representación por el Doctor D. Germán Gamazo y el Procurador D. Antonio Fernández Campos, habiéndolo sido la parte recurrida por el Licenciado D. Santos Isasa y el Procurador D. Luis Lumbreras:

Resultando que en testamento que en 5 de Junio de 1870 otorgó en Bujalance Gonzalo Sánchez de León, fundó una capellanía para que se sirviera en la capilla construída por él en la iglesia parroquial de aquella villa, dotándola con ciertos bienes, y ordenando que su sobrino Gonzalo de León, en quien quedaba el vínculo de sus bienes, y los que después de él sucediesen en el ...ismo, conforme á los llamamientos que dejaba hechos, darían ...da año al Capellán un cahíz de trigo y otro de cebada de las ...ntas de las tierras de La Cancina que dejaba vinculadas:

Resultando que en escritura pública otorgada en Córdoba ... 31 de Enero de 1872 entre el Presbítero D. Ricardo Míguez y

Carrasco, Visitador general eclesiástico de aquella diócesis y Secretario de cámara y de gobierno del Obispado, de una parte, y de otra el Presbítero D. Francisco de Paula Castro y Lara, se hizo constar que el segundo presentó una instancia en 4 de Noviembre anterior, solicitando la conmutación de rentas de los bienes que constituían el dote de la capellanía fundada en la iglesia parroquial de Bujalance por Gonzalo Sánchez de Córdoba, cuya capellanía había sido declarado que tocaba y correspondía con todos sus bienes al otorgante Castro y Lara en auto de 30 de Marzo de 1853, dictada por el Provisor y Vicario general de aquel Obispado; que en dicha instancia se manifestó que, usando el Capellán Castro y Lara de las facultades que le concedía la vigente ley de 24 de Junio de 1867 é instrucción dada para su cumplimiento al siguiente día, pedía desde luego tuviera lugar en su favor la susodicha conmutación de bienes; é instruído con tal motivo el expediente oportuno y practicada la debida liquidación, fué aprobada ésta por decreto de 22 de Diciembre último, declarándose incongrua la capellanía de que se trataba; dejándose, por benignidad apostólica, á favor de dicho Capellán la cuarta parte de los productos netos que arrojaba el año común del quinquenio que comprendía la expresada liquidación, y mandando consignar por el capital al 3 por 100 de las otras tres cuartas partes restantes 1.665 pesetas 41 céntimos en títulos de la Deuda consolidada, para que una vez verificado el pago se habilitara al interesado del oportuno documento público, donde apareciera la adjudicación al mismo de los bienes de la capellanía en clase de libres, para que pudiera inscribirlo en el Registro de la propiedad; y que habiéndose verificado por el Capellán Castro y Lara el pago y consignación ordenados, el Visitador general eclesiástico de la diócesis y Secretario de cámara y de gobierno del Obispado, otorgante de esta escritura, declaraba por ella la propiedad real de los bienes dotales de la capellanía á favor de aquél; figurando entre dichos bienes un capital de censo que se pagaba con 12 fanegas de trigo y 12 de cebada cada año, que arrojaba, al tipo que se señalaba, un capital de 7.690 pesetas con réditos de 230 y 70 céntimos, impuesto sobre el cortijo nombrado de la Cancina, término de Bujalance, de propiedad de D. Antonio Lara, con una cabida de 132 fanegas de cuerda, equivalente á hectáreas, 80 áreas y 3 centiáreas:

Resultando que por escritura otorgada en Bujalance en 9 de Marzo de 1874, el Presbítero D. Francisco de Paula Castro y Lara vendió á favor de su hermana Doña Angustias y del marido de ésta D. Juan Osorio Carballido, diferentes bienes, entre ellos las fincas y censos que había adquirido por la escritura de conmutación que se acaba de relacionar, haciéndose esta venta por el precio total de 64.340 pesetas, de las que recibió en el acto el vendedor 37.500, comprometiéndose los compradores á entregarle 9.000 en cierto plazo, y obligándose por el resto á tener en su compañía al vendedor, alimentándole, vistiéndole y asistiéndole en sus enfermedades, hasta que ocurriera su fallecimiento; y habiéndose presentado esta escritura para su inscripción en el Registro de la propiedad, se puso una nota por el Registrador con fecha 1.º de Abril del mismo año de su otorgamiento, de quedar suspendidas las inscripciones de las fincas procedentes de la conmutación de bienes de la capellanía, por hallarse prohibido por la ley:

Resultando que en 17 de Septiembre de 1884 promovió Don Juan Osorio en el Juzgado de primera instancia de Bujalance un expediente para acreditar la posesión en que se hallaba desde el año de 1874 del censo de 7.690 pesetas de capital con réditos, que se pagaban en 12 fanegas de trigo y 12 de cebada anuales, impuesto sobre el cortijo La Cancina, que había adquirido por compra hecha al Presbítero D. Francisco de Paula Castro y Lara, sin título escrito; y recibida la información testifical que al efecto ofreció Osorio, y oído el Fiscal municipal, y dada vista asimismo del expediente á los dueños de las fincas sobre que gravitaban los derechos reales de que se trataba, entre los que figuraba D. Rafael de Lora y Daza, como dueño de 116 fanegas y 3 celemines de cuerda del cortijo de La Cancina, sin que por éste se hiciera objeción alguna, fué aprobado el expediente por auto de 23 de Octubre de 1884, é inscrita la posesión de capital de censo expresado á favor de D. Juan Osorio, sin perjuicio de tercero, con relación á las 116 fanegas de D. Rafael de Lora, pero no respecto á las 15 fanegas y 9 celemines restantes del susodicho cortijo, por no haberse dado vista del expediente á la dueña Doña María de los Dolores Lora y Daza:

Resultando que en 14 de Noviembre de 1885 se entabló la demanda objeto de este pleito en el mismo Juzgado de Bujalance

por D. Rafael de Lora y Daza y D. Juan Antonio González de Canales y García, como marido de Doña María de los Dolores de Lora y Daza, diciendo: que los réditos del censo susodicho, impuesto sobre el cortijo La Cancina, se pagaron por el padre de los demandantes hasta el año de 1873 al Presbítero D. Francisco de Paula Castro, que servía la capellanía fundada por Gonzalo Sánchez de León, á cuya dotación pertenecía aquel censo; que en 20 de Noviembre de 1873 falleció el padre de los demandantes, y antes del 15 de Agosto de 1874 el indicado capellán; que las anualidades de dicho censo vencidas desde Agosto de 1874 á 1882 inclusive se habían pagado á D. Juan Osorio por la madre de los demandantes hasta 25 de Junio de 1878, en que falleció, y después por el mismo demandante D. Rafael, por haber asegurado Osorio que era el dueño del capital de censo, y tenía los documentos corrientes; que tal pago, hecho por los censatarios sin la certeza de si debía ó no cobrarla D. Juan Osorio, debía revocarse con arreglo á lo dispuesto en la ley 30, tít. XIV, Partida 5.ª; porque siendo la capellanía á que el censo pertenecía de la clase de las colativas de sangre, conmutables por la ley de 24 de Junio de 1867, y no habiéndose conmutado por el Presbítero D. Francisco de Paula Castro, último Capellán, los bienes que constituían su dotación, no pudo enajenarlos, ni adquirirlos, por lo tanto, Osorio; y que habiendo sido tal título de compra el ostentado por éste para fundar la información posesoria inscrita en el Registro de la propiedad, siendo falso tal título, era nula y debía cancelarse la inscripción, con arreglo al núm. 3.º del art. 69 de la ley Hipotecaria, y solicitando por todo lo expuesto, y en virtud de la acción personal que ejercitaba como emanada del cuasi contrato del pago de la indebida y de la derivada del art. 79 de la ley Hipotecaria que también deducía, se condenara en definitiva á D. Juan Osorio Carballido á que en el término de tercero día les devolviera 2.031 pesetas, importe de las 12 fanegas de trigo y 12 de cebada que le habían sido entregadas en cada uno de los años de 1874 á 1882 inclusive, con los intereses de dicha cantidad al 6 por 100 desde el 18 de Septiembre de 1882; y además á que consintiera la cancelación de la inscripción de posesión del susodicho censo, hecho á su favor en el Registro de propiedad de aquel partido de Bujalance en 25 de Noviembre de 1884, con la consiguiente imposición de costas:

Resultando que el demandado D. Juan Osorio no compareció en los autos hasta después de habérsele acusado la rebeldía y tenido por contestada la demanda; y no habiendo podido utilizar el trámite de dúplica, trajo á los autos durante el término de prueba las escrituras de 31 de Enero de 1872 y 9 de Marzo de 1874 referidas al principio, y en el escrito de conclusiones pidió que se le absolviera de la demanda en todos sus extremos, por virtud del resultado de las susodichas escrituras que se hallaban adornadas de todos los requisitos esenciales para producir efecto en juicio, diciendo además que si bien era cierto que estaba mandado que previamente á la conmutación se alcanzase la llamada Real orden de exclusión, era también positivo que tal mandato había venido á ser letra muerta en el país, y los diocesanos se habían visto obligados, con arreglo á lo dispuesto en las leyes concordadas con la Santa Sede, á verificar escrituralmente la conmutación de la renta de las capellanías, tomando los capitales de los conmutantes, y entregándoles los bienes ya libres, en virtud de las facultades omnímodas é indiscutibles que les asistían; y que en todo caso, los demandantes hubieran tenido que abonar á la Iglesia, ó lo que es lo mismo, al Presbítero que se hallase al frente de la fundación, los réditos del censo, sin que en ningún caso pudiesen reponerlos ni por un momento:

Resultando que en 24 de Febrero de 1887 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla sentencia confirmatoria con las costas, condenando á D. Juan Osorio Carballido á que en el término de quinto día devuelva á D. Rafael de Lora y Daza la cantidad de 8.124 reales, ó sean 2.031 pesetas, como importe de los réditos del censo impuesto sobre el cortijo de La Cancina y vencidos en los años de 1874 á 1882 ambos inclusive, con los intereses legales de dicha cantidad al 6 por 100 anual desde 18 de Noviembre de 1885, en que se dió por contestada la demanda, y declarando cancelable la inscripción de posesión hecha del referido censo en el Registro de la propiedad del partido á favor del mismo D. Juan Osorio Carballido, á quien se condenaba además á consentir la cancelación de dicha inscripción posesoria y al pago de las costas:

Resultando que previo depósito de 338,50 pesetas para los efectos legales correspondientes, interpuso D. Juan Osorio Carballido recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1.° En que al condenar la sentencia al recurrente á que de-

vuelva las 2.031 pesetas importe de los réditos del censo en los años 1874 á 1882 infringe el principio jurídico de que lo satisfecho en virtud de obligación natural no puede repetirse por la *condictio in debiti*, y las leyes 16, tít. XI, Partida 3.ª; 35, tít. XII, y 35, título XIV, Partida 5.ª, por cuanto teniendo D. Rafael de Lora y D. Antonio García Canales la obligación natural de abonar al recurrente los réditos del censo, y habiéndolos pagado en virtud de esta obligación, no ha podido la sentencia mandar que se devuelvan sumas recibidas, así como las leyes 30 y 31, tít. XIV, Partida 5.ª, porque si los actores pagaron las pensiones al recurrente sabiendo que no podía cobrarlas, no tienen derecho para exigir que les sean devueltas; y si el pago lo hicieron con error, éste, si existiera, no sería más que error de derecho consistente en creer, como lo creyó el recurrente, que á la conmutación de bienes no le faltaba requisito alguno digno de ser tenido en cuenta por los dos litigantes:

2.º En que al condenar la sentencia al recurrente á que consienta la cancelación de la inscripción posesoria infringe el artículo 79, núm. 3.º de la ley Hipotecaria, porque sin declarar la nulidad del título, manda que se cancele la inscripción; el art. 397 de la misma ley, por cuanto se ordena dicha cancelación á pesar de haberse ajustado á este artículo el expediente informatorio, y el art. 359 de la propia ley, porque, conforme á sus disposiciones, si el propietario no formula oposición, el expediente se aprueba y es válido y eficaz; y

3.º En que al imponer la sentencia al recurrente las costas de la primera instancia, infringe la ley 8.ª, tít. 22 de la Partida 3.ª, pues tanto las leyes de Partida cómo la novísima de Enjuiciamiento civil, aplican el castigo de las costas á aquel litigante que temerariamente resiste las pretensiones de su contrario; pero ni el antiguo ni el moderno derecho consienten que se condene en costas al litigante que defiende y hace prosperar sus excepciones, en cuyo caso se halla el recurrente, en el particular relativo á los intereses legales que desde el 18 de Septiembre de 1882 le reclamaron los actores, pretensión que desestimaron el Juzgado y la Audiencia, declarando que los intereses no se debían más que desde la contestación á la demanda:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Al Bonache:

Considerando que el propietario que careciese de título de dominio escrito deberá inscribir su derecho, justificando previamente su posesión ante el Tribunal competente, con audiencia de los demás partícipes en el dominio, si pretendiese inscribir un derecho real:

Considerando que de la certificación expedida por el Registrador de la propiedad de Bujalance en 27 de Octubre de 1885 aparece que D. Juan Osorio Carballido inscribió la información posesoria que practicó ante el Juez de primera instancia, con el fin de acreditar la posesión en que se encontraba de percibir un cahíz de trigo y otro de cebada anualmente como réditos de un censo impuestó sobre un pedazo de terreno que forma parte del cortijo llamado de La Cancina, propiedad de D. Rafael de Lora:

Considerando que la información posesoria practicada por Osorio con todos los requisitos que exige la ley es título bastante para que perciba los réditos del censo de que se trata mientras no se declare su nulidad por alguna de las causas que reconoce el derecho, lo cual no sucede en el caso presente, pues el demandante Lora y Daza no sólo fué parte en el expediente posesorio sin contradicción alguna, y pagó el censo, y antes su madre, sino que no niega su obligación á pagar; y en tal concepto la sentencia recurrida, que desconoce lo que queda expuesto, infringe el núm 3.°, art. 79, y artículos 397 y 399 de la ley Hipotecaria, citados en el motivo 2.° del recurso:

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Juan Osorio Carballido, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 24 de Febrero de 1887 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla; y devuélvase á esta parte el depósito que tiene constituído. (*Gaceta* de 27 de Abril de 1888.)

Sentencia de 30 de Enero de 1891.—Las informaciones posesorias son supletorias para los efectos de la inscripción del dominio, y no se convierten en títulos de éste aunque se adquiera la finca por sucesión de la persona que practicó la información.—La información posesoria no perjudica al que tenga mejor derecho á la posesión del inmueble.

En la villa y Corte de Madrid, á 30 de Enero de 1891, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por

infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de La Carolina y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. Fernando López de Lerma y Rubio, propietario, vecino de Valdepeñas, representado por el Procurador D. José María Cordón, y defendido por el Letrado D. Carlos Díaz Valero, con D. José Pérez de Vargas y Quero, propietario, vecino de Andújar, como marido de Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón, y hoy, por fallecimiento de ésta, con sus albaceas testamentarios D. Isidoro Gil de Muro, D. José Pérez de Vargas y Quero y Don Miguel Martínez Rodríguez, y en su nombre el Procurador Don Carlos de Santiago y Fernández, bajo la dirección del Letrado D. Eduardo Dato, sobre reivindicación de terrenos;

Resultando de certificación librada por el Registrador de la propiedad de La Carolina, que en 8 de Junio de 1866, y en virtud de expediente posesorio, fué inscrita á favor de D. José López de Lerma y Moreno, difunto, para que sus herederos pudieran proceder á la división, sin perjuicio de tercero que pudiera tener mejor derecho á la propiedad, la posesión de la mitad, proindiviso, de un haza de 16 fanegas de tierra en el sitio de la Campiñuela, término de Baños, que lindaba á Saliente con tierra de D. Eduardo Bonaplata; al Sur, con otras de D. Gabriel Antonio Romero; al Poniente, con haza de Doña Juana Galindo, y al Norte, con más de la Hacienda nacional, contra cuya finca no resultaba carga alguna, ni del Registro, ni del título que presentaba D. Fernando López de Lerma y Rubio, que había acreditado en dicho expediente la posesión quieta y pacífica en que se hallaba de la finca, por herencia que hubo al fallecimiento de su padre D. José López de Lerma y Moreno hacía seis años, desde cuya fecha la venía poseyendo á nombre propio y sin título alguno inscrito; que al margen de la anterior inscripción se encontraba una nota de la misma fecha, expresiva de que en el propio expediente se justificaba también la posesión de todas las fincas que mencionaba el asiento de presentación, núm. 801, tomo 4.° del Diario; que al margen también de la indicada inscripción, y en segundo lugar, había otra nota de 27 de Septiembre de 1866, consignando que aquella finca y la que expresaba la inscripción segunda formaban una sola; que en el referido día 27 de Septiembre de 1866 se hizo la mencionada segunda inscripción á la finca anteriormente descrita, que estaba señalada con el núm.

consignándose en ella, á virtud del documento presentado, que dicha mitad de finca la adquirió D. José López de Lerma y Moreno, como sucesor al vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez, y habiendo fallecido dejando por herederos á sus hijos y á sus nietos, fué practicada la cuenta y partición, adjudicándose en ella á D. Fernando López de Lerma y Rubio la mitad de la finca del número expresado, por lo que siendo ya el D. Fernando dueño de la otra mitad, como inmediato sucesor del vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez, el todo en su consecuencia de la finca era de D Fernando López de Lerma y Rubio, que solicitaba la inscripción del título de herencia, y siendo conforme se verificaba; que al margen de esta inscripción, y con la misma fecha, aparecia una nota expresiva de que la mitad de la finca que aquélla mencionaba formaba con la otra inscripción una sola; que en 8 de Junio de 1866, y á virtud del oportuno expediente posesorio, fué también inscrita bajo el núm. 783 á favor de D. José López de Lerma, difunto, para que sus herederos pudieran proceder á la división sin perjuicio de tercero que pudiera tener mejor derecho á su propiedad, la posesión de la mitad proindiviso con otra mitad propia de D. Fernando López de Lerma y Rubio, de un haza de 16 fanegas de tierra en el sitio de la Campiñuela, término de Baños, con los mismos linderos que constaban de la otra referida mitad, contra cuya finca no resultaba carga alguna ni del Registro ni del título que presentaba D. Fernando López de Lerma y Rubio, que había acreditado en dicho expediente la posesión quieta y pacífica en que estuvo su citado padre de la finca de dicho número por herencia que hubo del suyo D. Fernando López de Lerma, desde cuya fecha la había estado poseyendo, que era hacía unos treinta y seis años, á nombre propio y sin título inscrito; que al margen de la anterior primera inscripción se encontraba también una nota de la misma fecha, expresiva de que en el propio expediente se justificaban todas las fincas que mencionaba el asiento de presentación, núm. 803, tomo 4.° del Diario, y que al margen igualmente de la indicada inscripción, y en segundo lugar, aparecía otra nota de 27 de Septiembre de 1866, consignando que aquella finca había pasado á formar una sola con la que resultaba inscrita al núm. 780:

Resultando que en la partición de los bienes quedados al fallecimiento de D. Francisco de Paula Pérez de Vargas y Castejón,

que fué aprobada por auto del Juez de primera instancia de Andújar de 20 de Enero de 1880, se adjudicó á Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón, para pago de su haber, entre otros bienes, un olivar y tierra calma en la Campiñuela, término de Baños, cuya finca se componía de 11 pedazos ó fracciones, los linderos de cada una de las cuales se expresan, formando un total de 313 fanegas, porciones que se hallaban libres de cargas, según la escritura de venta otorgada por D. Joaquín Isern, como Presidente de la Sociedad minera Amigos de Reding, de quien adquirió D Francisco Pérez de Vargas y Castejón los indicados predios, y que fué inscrita en el Registro de la propiedad de La Carolina en 3 de Mayo de 1879; habiéndose inscrito también en el mismo Registro, en 28 de Agosto de 1883, en cuanto á las fincas radicantes en aquel partido, el testimonio de adjudicación á Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón, á la cual, en la cuenta adicional de la partición de bienes del mencionado D. Francisco Pérez de Vargas y Castejón, le fué adjudicada una finca de 21 fanegas de tierra calma en la Campiñuela, término de la villa de Baños, que había sido adjudicada en subasta ante el Juez de primera instancia de La Carolina, y en la ejecución seguida contra D. Eduardo Bonaplata, de quien procedía, y estaba inscrita á favor de D. Francisco de Paula Pérez de Vargas, entonces su testamentario, libre de todo gravamen, en el Registro de la propiedad, al tomo 311, libro 29 del Municipio de Baños, folio 230, firma 1.887, inscripción segunda; cuenta adiccional que fué también aprobada por auto de 5 de Febrero de 1881, expidiéndose el testimonio de adjudicaciones á Doña María de la Cabeza Valenzuela, que se inscribió en el Registro de la propiedad de La Carolina en 27 de Agosto de 1883, y por lo respectivo á la finca radicante en aquel partido:

Resultando que D. Fernando López de Lerma y Rubio demandó de conciliación ante el Juez municipal de la villa de Baños en 3 de Mayo de 1887 á D. Manuel Garrido Rodríguez para que entregase como seis fanegas y media de tierra que poseía de una haza de pan llevar que correspondía á López en pleno dominio en el sitio de la Campiñuela de aquel término, que constaba de 16 fanegas; el demandado contestó que efectivamente, no se la porción de terreno que se le pedía, sino también otra que pía Doña Aurea Sanz de Tejada le constaba que habían pertelo

á la finca del actor y que la reclamación que se le hacía la creía improcedente, puesto que si bien estaba labrando dicha porción, lo hacía en calidad de colono por habérsela arrendado Doña María de la Cabeza Valenzuela Castejón, como dueña, representada entonces por su marido D. José Pérez Quero, sin que pudiera decir en qué forma la hubiera adquirido, y en su vista el demandante desistió de la reclamación:

Resultando que en 7 del mismo mes, D. Fernando López de Lerma y Rubio demandó, también de conciliación, á D. José Pérez de Vargas Quero para que le entregara un pedazo de terreno de pan sembrar, que constaba de más de seis fanegas y media próximamente en el sitio de la Campiñuela de aquel término, que era parte de una haza propiedad de López, y que se componía de 16 fanegas, y que lo verificara de las rentas que la mencionada porción de tierra hubiera podido producir; á lo que se negó el demandado, porque en el año 1880 había comprado á la Sociedad Amigos de Reding aquellas tierras con otras porciones, teniendo la titulación que lo acreditaba:

Resultando que en 6 de Marzo de 1888 D. Fernando López de Lerma y Rubio dedujo la demanda objeto de estos autos, en la que, consignando como hechos que era dueña de una haza de 16 fanegas de tierra en el sitio de la Campiñuela, término de Baños, que había adquirido por fallecimiento de su padre, y éste á su vez como sucesor del vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez; que no residiendo en dicho pueblo, la negligencia de las personas á quienes encargó la administración de dicha finca, dió ocasión á D. José Pérez de Vargas, marido de Doña María de la Cabeza Valenzuela, que era dueña de las fincas que fueron de D. Eduardo Bonaplata, lindantes con la de que se trataba, para apoderarse arbitrariamente desde hacía unos tres años de la mayor parte del predio perteneciente al actor; que en el año 1887 pasó á Baños, quedando sorprendido al ver que de las 16 fanegas de que antes constaba la finca había quedado reducida á cuatro, dando lugar las indagaciones que practicó á los actos de conciliación de que se ha hecho mérito; que al propio tiempo escribió á Doña Aurea Sa[illegible] de Tejada, viuda de Muñoz, rogándole le devolviera el pe[illegible]da de terreno de cinco fanegas y media que retenía, sin duda po[illegible]rror, en su poder, á lo que le contestó que dicha porción de te[illegible]no la sembraba su arrendatario, previa autorización de Don

José Pérez de Vargas, en cambio de otro terreno de la propiedad de Doña Aurea, que lo sembraba un colono de Pérez Vargas; que de todo ello aparecía claramente que las 12 fanegas de tierra que faltaban á la haza de la Campiñuela de la propiedad del demandante, estaban detentadas por D. José Pérez de Vargas y Quero, marido de Doña María de la Cabeza Valenzuela, que se negaba á devolverlas so pretexto de haber adquirido unas fincas lindantes con el haza en cuestión; terminando por todo ello con la pretensión de que se declarase que la referida haza correspondía en posesión y propiedad al demandante; y que, en su consecuencia, se condenase á D. José Pérez Vargas y Quero, como marido de Doña María de la Cabeza Valenzuela, á dejar libres, desembarazadas y á disposición del demandante las 12 fanegas de tierra de dicha haza que aquél retenía en su poder, restituyéndolas con todos los frutos y rentas que hubieran producido ó podido producir desde el tiempo que fueron injustamente detentadas, con imposición de todas las costas causadas y que se causasen:

Resultando que contestando á la demanda D. José Pérez de Vargas y Quero en la representación indicada por presentación de los testimonios de adjudicaciones hechas á Doña María de la Cabeza Valenzuela en la partición de bienes de D. Francisco de Paula Pérez de Vargas, de que se ha hecho mérito, la impugnó alegando, como fundamentos de su impugnación, que para que prosperase la acción reivindicatoria era necesario probar el dominio; que la inscripción de la posesión no perjudicaba en ningún caso al que tuviera mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no hubiera sido inscrito, requisito que reunía el demandado, y por lo cual era obvio que no había debido promoverse contra él la demanda, la cual tal vez pudiera prevalecer contra otros de los colindantes que no tuvieran títulos tan eficaces como los de Doña María de la Cabeza Valenzuela y Castejón, en el supuesto que ésta no admitía ni aceptaba como cierto de que al demandante le pertenecieran las 16 fanegas de tierra que como suyas reclamaba; que el contrato de venta era título bastante para justificar el dominio, y máxime si se realizó ante la justicia en subasta pública; que la tierra de Bonaplata que daba en 1866 con la del demandante López de Lerma, y que vendida á la Sociedad titulada Amigos de Reding, tuvo que es inscrita con la cabida que se le atribuía en el Registro, por cu

que en otro caso se había denegado al comprador la inscripción respecto á la demasía, con arreglo á la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros en su fallo de 14 de Marzo de 1876; que las cosas raíces se prescribían á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes, cuando se habían adquirido con buena fe y justo título, como sucedía á la esposa del demandado; y que unido al tiempo que había tenido quieta y pacíficamente las referidas fincas, el que las disfrutó en igual forma su primer marido D. Francisco de Paula Pérez de Vargas, quien las poseyó antes, y el de la Sociedad Amigos de Reding; y por último, el que las gozó en primer término, ó sea D. Eduardo Bonaplata, quien desde 1866 las tenía inscritas á su nombre, era incuestionable que, aun considerándose ausente de la provincia de Jaén el demandante, todavía su derecho habría prescrito en todo caso por hacer más de veinte años que se venían poseyendo aquellos predios tal como en la actualidad se encontraban; y que no habiendo razón ni derecho para molestar al demandado, era evidente que el actor merecía la calificación de litigante temerario, y que debía ser condenado en costas:

Resultando que renunnciado por el demandante el traslado de réplica, y suministrada por las partes prueba de testigos y peritos sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada dictó en 5 de Diciembre de 1889 sentencia revocatoria absolviendo á D. José Pérez de Vargas y Quero de la demanda, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Fernando López de Lerma y Rubio ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1.° La ley 1.ª, tít. XXVIII de la Partida 3.ª, que define el dominio, y el de la haza de Lerma constaba acreditado que pertenecía al recurrente como heredero de su padre D. José, á éste como heredero de su padre D. Fernando, y por sucesión en el vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez:

2.° La ley 2.ª, tít. XXXIV, libro 11 de la Novísima Recopilación, que determina que nadie puede ser desposeído sin ser oído y vencido en juicio:

3.° La ley 3.ª, tít. IV de la Partida 3.ª, porque probado que rez de Vargas tenía en su poder parte del haza de Lerma, debía olverla al recurrente, quien no tenía obligación de probar era suya:

4.° Que disponiendo el art. 1.699, núm. 7.° de la ley de Enjuiciamiento civil, que habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina legal, cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho ó de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos, aparecía que se había confundido el título en cuya virtud reivindicaba el recurrente los terrenos que la correspondían y que detentaba D. José Pérez de Vargas, puesto que no se trataba de una información posesoria sino de la inscripción del dominio en el Registro de la propiedad, puesto que aquella información tuvo por objeto, conforme con el art. 397 de la ley Hipotecaria, inscribir la posesión del propietario que carecía de título de dominio escrito, en cuyo sentido se había infringido dicho artículo de la ley Hipotecaria, pues el dominio lo tenía D. José López de Lerma, no por la inscripción, sino por ser sucesor en el vínculo fundado por Doña Teresa Jiménez, cuya mitad de bienes, según constaba de autos, adquirió D. Fernando López de Lerma y Rubio por sucesión vincular, y la otra mitad por herencia de su padre:

Y 5.° El art. 403 de la ley Hipotecaria, que determina los efectos de las inscripciones de posesión que se habían vulnerado en este caso:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que el motivo 1.° del recurso parte del supuesto contrario á la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora, pues según ella, el recurrente no ha presentado título de dominio sino la información de posesión supletoria del mismo para los efectos de la inscripción en el Registro, información que no se convierte en título de dominio por haberse transmitido al recurrente por herencia de concesión de la persona á cuyo nombre se hizo:

Considerando que por igual razón tampoco pueden ser estimados los motivos 2.° y 3.°, porque la sentencia expresamente establece que no se ha probado por el recurrente la identidad de la finca que reivindica, ni por lo tanto que haya sido desposeído por el demandado:

Considerando que el art. 397 de la ley Hipotecaria define informaciones de posesión como supletorias para los efectos de inscripción de títulos escritos de dominio, y que el art. 403 termina que tales inscripciones no perjudicarán al que ter

mejor derecho á la propiedad del inmueble; y por lo tanto que la Sala sentenciadora, al no dar el valor de una inscripción de dominio á la de posesión hecha á favor del causante del recurrente, y al subordinarla al que juzga mejor derecho del demandado, aun prescindiendo del defecto de identidad, que opone á la demanda, aplican rectamente los artículos cuya infracción se alega en los motivos 4.° y 5.";

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Fernando López de Lerma y Rubio, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido. *(Gaceta* de 19 de Febrero de 1891.)

Sentencia de 1.° de Marzo de 1893.—La inscripción posesoria perjudica al que se halla solo en la tenencia ó posesión natural.—Las informaciones posesorias, como actos de jurisdicción voluntaria, pueden promoverse por los Alcaldes Presidentes de los Ayuntamientos.

En la villa y Corte de Madrid, á 1.° de Marzo de 1893, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Santa Cruz de la Palma y en la Sala de justicia de la Audiencia territorial de Las Palmas por el Ayuntamiento del pueblo de Breña Baja, representado por el Procurador D. Luis Lumbreras y defendido por escrito por el Letrado D. Antonio Maura, y en el acto de la vista por el Licenciado D. Joaquín Buitrago, con Don Juan Pérez Díaz, D. Jorge Toledo González, D. Antonio Simón Padrón, D. Manuel Taño Pino, D. Juan Toledo Alfonso, D. Francisco Remedios Lorenzo, D. Vicente Candelario Toledo, D. Manuel Lorenzo Nasco, D. Antonio Díaz Padrón, D. Francisco Deogracias González Pérez, D. José María Pino Candelario, D. Francisco Padrón Díaz y D. José Hernández Lorenzo, propietarios, vecinos de la villa del Paso, y D. Mariano González Lorenzo, p[ro]p[ie]ario, vecino de la villa de Llanos, y en nombre de todos el P[ro]curador D. Francisco Egea y Gómez, bajo la dirección del Le[tr]o D. Juan Alvarado, sobre propiedad de unos terrenos:

Resultando que entre las cédulas declaratorias de la riqueza

inmueble del distrito municipal de Breña Baja, existentes en el Archivo de la misma, se halla, según certificación del Secretario de aquella Corporación, una suscrita por D. Felipe de la Cruz, en concepto de Alcalde y Administrador de las fincas rústicas del propio Municipio, que tiene fecha 20 de Julio de 1878, en la cual se declara como perteneciente, entre otras, á dicha Municipalidad, una tierra nombrada Pajonales, Montaña de la Venta y Montañas de Antonio Ruiz y Burras, cuartel de la Montaña Valdío, lindante: por Norte, camino á la villa del Paso, dividiendo á este pueblo con el de Breña Alta; Poniente, con la villa del Paso, por sus aguas pendientes con aquel pueblo; Sur, camino del Fabrón, y en parte barranco de las Maljoradas, que dividía á este pueblo con la villa de Mazo; Naciente, con el término conocido *Perud*, cuyo límite partía en línea recta del pie de las revueltas en el camino de la Relueya, pie de la Montaña de la Venta, á terminar con el barranco de las Maljoradas al Naciente de la embocadura del camino que va de la villa del Mazo á la del Paso por este pueblo; su cabida 600 fanegas, su valor en venta 8.000 pesetas, y en renta ninguno; haciéndose constar asimismo en dicha certificación, que examinados los amillaramientos y repartos de la contribución territorial anteriores á la fecha de la referida cédula, no resultaba figurar en ellos ni aquel Ayuntamiento ni tampoco persona alguna como contribuyentes por terrenos situados en la cumbre de aquel pueblo de Breña Baja y parajes nombrados Pajonales, Montaña de la Venta y otros; pues si bien en varios de dichos repartos anteriores figuraban como contribuyentes algunos vecinos del Paso, no constaba que lo fueran por terrenos en la cumbre de aquel pueblo y parajes indicados, apareciendo en unos bajo el concepto de tierras, sin expresar su nombre y situación, y en otros bajo el concepto de riqueza rústica:

Resultando que en sesión celebrada por el Ayuntamiento de Breña Baja en 3 de Julio de 1881, se acordó, en vista del favorable informe del Ayudante de Montes y de las comunicaciones del Gobernador civil de la provincia, que se inscribieran en el Registro de la propiedad de los terrenos que el Ayuntamiento reconocía como de su pertenencia, para con ello tener el título posesorio de los mismos, facultando al efecto al Alcalde Presidente Felipe de la Cruz Rodríguez, á quien por el Secretario fué

dido en 12 del mismo mes un testimonio con el visto bueno del Alcalde accidental y el sello de la Alcaldía:

Resultando que obtenida por dicho Alcalde la certificación que determina la ley de 17 de Julio de 1877, librada por el primer Teniente Alcalde y Alcalde accidental de Breña Baja y por el Síndico y el Secretario, haciendo constar que dicha finca se hallaba comprendida en la nueva cédula del amillaramiento á nombre del Ayuntamiento del referido pueblo, acudió al Juzgado municipal de Breña Baja solicitando acreditar la posesión en que se hallaba el citado Municipio de la finca antes referida, desde hacía más de cien años, en que la adquirió por repartimiento hecho á su favor desde el reinado de D. Felipe II, sin que mediara en dicha adquisición título inscrito:

Resultando que oído el Fiscal municipal, que no se opuso á que se recibiera la información solicitada, declararon tres testigos, de setenta y dos, setenta y cincuenta y siete años de edad, vecinos y propietarios de dicho pueblo, de cuyo conocimiento dió fe el Secretario del Juzgado municipal, quienes manifestaron que les constaba de ciencia propia que siempre había estado el Municipio en posesión de la finca mencionada, quien la adquirió por repartimiento hecho á su favor desde sus primeros tiempos; y oído de nuevo el Fiscal municipal, que opinó que se habían guardado en el expediente todas las formalidades legales, por lo cual proponía su aprobación, el Juzgado lo aprobó, en efecto, por auto de 17 de Julio de 1881, disponiendo además entregarlo original al interesado, y que se inscribiera á nombre del Municipio de Breña Baja en el Registro de la propiedad de aquel partido, sin perjuicio de tercero de mejor derecho:

Resultando que presentado el expediente á liquidación, y devuelto por no estar sujeto al pago del impuesto, según certificación del Registrador de la propiedad, presentado en dicho Registro, no habiéndose podido por falta de índices examinar los libros de la antigua Contaduría para consignar las cargas reales que pudieran gravar dicha finca, y ver si entre sus asientos ...aba alguno que estuviera en contradicción con la relacionada, bien no aparecían tales cargas ni asiento contradictorio del ...evo Registro, el Registrador sustituto, en 28 de dicho mes de ...lio, suspendió la inscripción y tomó anotación preventiva á fa...r del Ayuntamiento de Breña Baja, sin perjuicio de tercero que

pudiera tener derecho á su propiedad, existiendo al margen de esta anotación una nota, convirtiéndola en inscripción definitiva por la señalada con el núm. 1.º al folio 18 del mismo tomo y libro con fecha 3 de Enero de 1888, hallándose, en efecto, al folio 18 del tomo 98, libro 11, de Breña Baja, la finca núm. 303, inscripción 1.ª, referente á la finca rústica, cuya situación, cabida y linderos y demás circunstancias resultaban de la anotación letra *A* de aquel número, consignándose que no aparecía gravada con carga alguna; que el referido Ayuntamiento la adquirió por el título que expresaba la citada anotación, tomada por falta de índices de la antigua Contaduría; y que terminados éstos, y previo su examen sin resultar asiento contradictorio, se consintió la significada anotación en inscripción definitiva, quedando en su virtud inscrito el derecho del Ayuntamiento de Breña Baja en 3 de Enero de 1888 por el Registrador D. Ciro González:

Resultando que D. Juan Pérez Díaz, D. Jorge Toledo González, D. Antonio Simón Padrón, D Manuel Taño Pino, D. Juan Toledo Alfonso, D. Francisco Remedios Lorenzo, D. Vicente Candelaria Toledo, D. Manuel Lorenzo Nasco, D. Antonio Díaz Padrón, D. Francisco Deogracias González Pérez, D. José María Pino Candelaria, D. Francisco Padrón Díaz, D. José Hernández Lorenzo, vecinos de la villa del Paso, y D. Mariano González Lorenzo, vecino de la villa de Los Llanos, presentaron en 16 de Mayo de 1888 la demanda objeto de este pleito contra el Ayuntamiento de Breña Baja en la isla de La Palma, y haciendo uso de la acción real que dijeron les competía, pidieron se declarase que varios trozos de tierra conocidos con los nombres de Pajonales, Montaña de la Venta y otros, situados en la jurisdicción de Breña Baja y punto denominado Cumbre Vieja, que circunstanciadamente describieron, pertenecían en dominio y posesión á los demandantes, y que, por consecuencia, hallándose situadas dichas propiedades dentro del perímetro de tierra que fué objeto del expediente posesorio instruido por el Ayuntamiento del citado pueblo de Breña Baja, se declarase igualmente la nulidad de dicho expediente, cancelándose su inscripción en el Registro de la propiedad del partido, con expresa condenaci
costas á la referida Corporación municipal; alegando, al ef
para fundar su pretensión, que todo ó la mayor parte del ter
descrito en el expediente mencionado y comprendido bri

linderos que en él se expresaban, pertenecía á varios particulares vecinos de otros pueblos que lo adquirieron por herencia de sus mayores, y éstos, unos por compra de lo cual existían varias escrituras, que citaron, y otros también por herencia los habían poseído sin interrupción desde tiempo inmemorial y los poseían en la actualidad, habiéndolo dedicado en lo antiguo á apacentar ganados y más tarde al cultivo de patatas, poseyendo los demandantes, dentro de esos mismos linderos, varios pedazos de tierra, cuya descripción hicieron; que hasta el año 1878 los mencionados terrenos estuvieron amillarados á nombre de los particulares que los poseían, quienes pagaban por ellos la contribución territorial que se les repartía, como resultaría de los mismos amillaramientos que obraban en las oficinas municipales y Hacienda; que desde dicho año parece que el Ayuntamiento de Breña Baja formó el plan de aprovecharse de dichos terrenos y para conseguirlo empezó por borrarlos del amillaramiento é incluirlos á su nombre en las nuevas cédulas, omitiéndolos en el reparto de la contribución que se hacía a sus poseedores; que la posesión adornada de los requisitos esenciales de la ocupación por treinta años en bienes raíces y la buena fe era uno de los medios legales de adquirir el dominio; y que conforme al art. 56 de la ley Municipal vigente el Regidor Síndico era el que debía llevar la representación del Municipio en los juicios y por analogía en los expedientes judiciales que pudieran hacerse contenciosos; y que según el texto del art. 6.º de la ley de 17 de Julio de 1877 y lo declarado por la Dirección general de los Registros en su resolución de 9 de Diciembre de 1881, interpretando dicha ley la certificación administrativa que se exige en los expedientes posesorios, debe expresar que el poseedor paga la contribución á título de dueño por la finca que se intente inscribir, bajo cuyos dos conceptos el expediente posesorio de que se trataba era defectuoso en la forma; que la inscripción no convalidaba los actos ó contratos nulos con arreglo á las leyes; que según el art. 398 de la ley Hipotecaria, cualquiera que se crea con derecho á los bienes cuya cripción se solicite, mediante información de posesión, podrá ;arlo ante Tribunal competente en juicio ordinario, y que aun ndo se hubiera hecho la inscripción de posesión, ésta no perticaría en ningún caso al que tuviera mejor derecho á la prodad del inmueble aunque su título no hubiera sido inscrito;

siendo además regla del derecho que ninguno debe enriquecerse tortíceramente con perjuicio de otro, no habiendo modo más tortícero que alegar una posesión que no se había tenido jamás:

Resultando que el Ayuntamiento de Breña Baja, representado por el Regidor Síndico en virtud de las facultades que le confirió la Corporación, contestó á la demanda con la pretensión de que, desestimando completamente las de la parte actora, se absolviera á la Municipalidad de la demanda, con imposición á aquélla de perpetuo silencio y las costas, declarando subsistente la información posesoria practicada por el Ayuntamiento de Breña Baja respecto del perímetro de terreno comprendido dentro de los límites fijados en esa información; firmes y subsistentes también las anotaciones é inscripciones que del aludido terreno se habían hecho en el Registro de la propiedad de aquel partido á nombre de la citada Corporación, y como consecuencia natural y lógica, que todo el trozo de tierra comprendido dentro de los límites allí expresados, pertenecen en posesión y absoluto dominio al mencionado Ayuntamiento de Breña Baja; alegando, al efecto, que oponía en primer lugar á la demanda la excepción de falta de personalidad en los demandantes por no acreditar el carácter ó representación con que reclamaban un derecho que decían tener sus antecesores ó adquirido de sus causantes; que las informaciones posesorias que sirvieron para la inscripción de unos bienes en el Registro de la propiedad, era suficiente prueba de dominio, mientras no se presentase otra documental también más robusta en contrario, y la sentencia que no lo estimaba así infringía los artículos 279 al 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, 578 al 597 de la moderna, según así lo tenía declarado este Supremo Tribunal; que era un medio de probar el dominio hacer ver que correspondió al causante del que pretendía pertenecerle; y toda vez que por la Real Cédula de D. Felipe II se concedieron todos los montes de aquella isla que no habían sido dados á particulares, al Cabildo general y único que entonces y después por muchos años hubo en aquella isla, y teniendo dicho Cabildo catalogados todos los terrenos montuosos de que se trataba en las oficinas públicas del ramo, según lo demostraban los documentos que se acompañaban, y teniéndolos también catalogados á su nombre el Ayuntamiento de Breña Baja desde su creación en 1837, era claro que en este caso tenía exacta aplicación

ley 1.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, confirmada por la sentencia de este Supremo Tribunal; que la posesión imaginaria de más de treinta años que alegaban los demandantes en que fundaban su acción reivindicatoria no era el título de dominio que al efecto había establecido este Supremo Tribunal en varias sentencias, máxime si se tenía en cuenta que los actos en que la fundaban habían sido clandestinos y arbitrarios y contradichos y corregidos por la Corporación municipal desde su erección hasta la fecha; que una información posesoria no pertenecía á la jurisdicción contenciosa, sino á la voluntaria, ó sea á lo que no hay cuestión empeñada entre partes, por lo cual, mientras no se hiciera á ella oposición por parte legítima, no era un verdadero pleito en el sentido genuino de la palabra, y en su virtud el Síndico del Ayuntamiento de Breña Baja no tenía que representar á éste en la información posesoria cuya nulidad pretendía el demandante, toda vez que el art. 56 de la ley Municipal vigente sólo confería á los Síndicos el nombre y carácter de Procuradores que representasen á la Corporación municipal en todos los juicios que debieran sostener en defensa de los intereses del Municipio; y como un acto de jurisdicción voluntaria no era juicio, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Breña Baja, y la Corporación que para ello expresamente le comisionó, obraron dentro del círculo de sus atribuciones al incoar el Alcalde el expediente posesorio de que se trataba, por cuanto el Alcalde Presidente era, según el art. 112 de la citada ley Municipal, el que llevaba el nombre y representación del Ayuntamiento en todos los asuntos, salvo las facultades concedidas á los Síndicos, que eran la representación en juicio, y censurar y revisar las cuentas y presupuestos locales, y por ello la tramitación de ese expediente era legal y válida, sin que valiera objetar, cual se hacía de contrario, que pudo haberse hecho á él oposición, pues si se hubiera hecho y por ella se hubiera convertido en contencioso, entonces saldría el Síndico como Procurador á defender los intereses del Municipio en juicio correspondiente; que conforme al art. 6.º de la ley de 17 de Julio de 1867, la certificación que sirvió de apoyo al expediente posesorio de e se trataba era válida y eficaz porque estaba dada por el Alde de Braña Baja, suscrita por el mismo, contenía el sello de Alcaldía y estaba además firmada por el Regidor Síndico y el ecretario del Ayuntamiento, y expedida con referencia á docu-

mentos que obraban en el archivo municipal; y que en vista de ello y reuniendo como reunía el expediente posesorio de que se trataba todas las circunstancias prescritas en los artículos 398, 399, 403 y demás concordantes de la ley Hipotecaria, dicho expediente y su inscripción eran válidas y eficaces, por cuyo razón no se hacía lugar en este caso la aplicación del art. 33 y demás de la ley Hipotecaria, que citaba el contrario, para sostener la nulidad del repetido expediente posesorio:

Resultando que los demandantes, en el escrito de réplica, sostuvieron que no era reivindicatoria la acción que habían interpuesto, pues que en la demanda no se trataba más que de impugnar la validez de un expediente posesorio, explicando las razones que las habían asistido para entablar su reclamación en juicio ordinario y no en el sumarísimo de un interdicto de retener; que les bastaba el carácter de poseedores de los terrenos que reclamaban y hallarse éstos dentro del perímetro de los comprendidos en el expediente posesorio, para impugnar dicho expediente sin necesidad de otros títulos, por lo que carecía de fundamento legal la alegación contraria de falta de personalidad en su parte, excepción que los demandados no se habían atrevido á proponer como dilatoria: que el precepto del art. 504 de la ley de Enjuiciamiento civil no tenía el carácter restrictivo que los demandados querían asignarle, sino en tanto que se tratase de reclamaciones que arrancasen ó se basasen en documentos, pero no cuando partían de un hecho como en el caso presente, el de la posesión de los demandantes en el territorio litigioso, hecho que tratarían de probar durante el término legal; y que dicho expediente posesorio adolecía de los vicios de forma y fondo consignados en la demanda:

Resultando que el Ayuntamiento demandado alegó en el escrito de dúplica que los demandantes, con manifiesta infracción del art. 548 de la ley Procesal, habían alterado en la réplica el objeto principal del pleito, pues en tanto que en la demanda decían que, haciendo uso de la acción real que les competía, promovían un juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando se declarase que los trozos de terreno que reseñaban pertenecí dominio y posesión á los demandantes, y por consecuencia, hallándose situados dentro de los límites del trozo de tierra fué objeto del expediente posesorio instruído por el Ayu

miento de Breña Baja, dicho expediente era nulo, solicitando que se cancelase su inscripción en el Registro de la propiedad; de donde se deducía que lo principal de su pretensión era la declaración de dominio y posesión de los terrenos á favor de los demandantes, y lo accesorio la declaración de nulidad del expediente citado en el escrito de réplica entablaba una acción personal contra el Ayuntamiento, y como consecuencia de ella, la nulidad del expediente posesorio; que cuando las acciones se fundaban en la nulidad de un acto ó de un documento, lo primero que se debía solicitar era la declaración de nulidad de ese acto ó documento, sin lo cual la demanda no podía prosperar, conforme lo tenia establecido este Supremo Tribunal; y que, para justificar la nulidad de un documento público revestido de todas las formalidades legales exigidas por derecho, no era suficiente la prueba de testigos con referencia á actos extraños al documento de cuya nulidad se tratase, debiendo en tales casos prevalecer el documento contra el dicho de testigos que depusieran con referencia á actos extraños á este documento:

Resultando que practicadas por las partes extensas pruebas de testigos, peritos y documentos, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 26 de Marzo de 1890, declarando la nulidad del expediente posesorio instruido por el Ayuntamiento de Breña Baja en bienes situados en la denominada Cumbre Vieja de dicha demarcación, mandando, en su consecuencia, que se cancele su inscripción en el registro de la propiedad del partido, y desestimando la demanda respecto al dominio y posesión que decian pertenecerles D. Juan Pérez Díaz y consortes, en bienes situados dentro del perímetro de tierra objeto del posesorio aludido, y denominados Pajonales, Montaña de la Venta y otros, por no haber justificado en debida forma el derecho que decían asistirles, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que negada la aclaración que el Ayuntamiento de Breña Baja solicitó en esta sentencia, y admitida la apelación que de ella interpuso por la que en 11 de Diciembre de 1891 dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas, aceptando los considerandos de la apelada, y considerando que en aquella segunda instancia, una vez aceptada en todas sus partes por los demandantes la sentencia apelada, no era dado al Tribunal sentenciador entrar en el examen y apreciación de la prueba practi-

cada en primera instancia para determinar de nuevo el derecho de posesión, cuyo declaratorio en la demanda se declaraba y la propia sentencia denegaba, pero que era indudable que al desestimarse la demanda respecto á dicha posesión, se había referido la mencionada sentencia únicamente á la posesión civil, y no en manera alguna á la natural, sin la cual sería inconcebible este litigio, y admitido lo cual era imposible desconocer el perfecto derecho de los demandantes para solicitar y obtener el declaratorio la nulidad del expediente posesorio de que se trataba; y que con arreglo á lo preceptuado en la ley 3.ª, tít. XIX de la Novísima Recopilación, procedía imponer á la parte apelante las costas de la segunda instancia, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada, con imposición al apelante de las costas de la segunda instancia:

Resultando que el Ayuntamiento de Breña Baja ha interpuesto contra este fallo recurso de casación por haberse infringido, á su juicio:

1.° La ley 16, tít. XXII de la Partida 3.ª; el art. 359, párrafo primero de la ley de Enjuiciamiento civil, y la doctrina legal autorizada en sentencias de 2 de Julio, 18 de Noviembre y 31 de Diciembre de 1885, 31 y 16 de Diciembre de 1884 y otras, conforme á las cuales el fallo debe guardar congruencia con la demanda, no sólo ajustándose á lo pedido, sino á la manera en que se ha pedido, por cuanto la sentencia declaraba la nulidad del expediente posesorio y mandaba cancelar la inscripción del terreno litigioso, no obstante que esto se pidió como consecuencia de la declaración principal referente al dominio y posesión que alegaban los demandantes, declaración que se desestimó por no haberse probado tales extremos:

2.° La ley 1.ª, tít. XXX, Partida 3.ª, según la cual es la posesión la tenencia derecha de una cosa corporal con ayuda del cuerpo y del entendimiento; el art. 403, párrafo cuarto de la ley Hipotecaria, que al establecer que la inscripción de posesión no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, implícitamente dispone que perjudica á todo aquel que no es dueño, y la doctrina legal autorizada en sentencias de 24 de Diciembre de 1872, que sólo permite pedir la nulidad de actuaciones judiciales á quienes han sido parte en ellas, cuanto la sentencia declara ineficaz la inscripción á favor

Ayuntamiento de Breña Baja y manda cancelarla, no obstante que debe producir todos sus efectos contra los demandantes que, según la misma sentencia, no eran dueños ni poseedores legítimos del terreno inscrito, por cuya razón y por la de no haber sido parte en el expediente posesorio, tampoco pudieron pedir, ni se debió otorgar, la nulidad del mismo:

Y 3.° Los artículos 2.°, núm. 6.°, párrafos penúltimo y último de la ley Hipotecaria, en relación con los 56, párrafo segundo; 72, número 3.°; 73, núm. 5.°; 112, 113, núm. 2.°, y 114, núm. 1.° de la ley Municipal, y los artículos 1.811 y siguientes hasta el 1.888 de la de Enjuiciamiento civil, que definen los actos de jurisdicción voluntaria y señalan las notas características, y la Resolución de la Dirección de los Registros, fecha 9 de Octubre de 1878; todo bajo el concepto de que, siendo el expediente posesorio un acto de jurisdicción voluntaria y no un juicio, y correspondiendo á los Alcaldes la representación de los Ayuntamientos y la ejecución de sus acuerdos, fué perfectamente legal que el de Breña Baja, que además estaba autorizado para ello, promoviese la información é inscripción posesorias, debiendo, por tanto, estimarse válidos y legítimos el expediente y la inscripción, aunque no interviniese en ellos el Regidor síndico de la Corporación municipal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que el art. 403 de la ley Hipotecaria establece en dos de sus párrafos que las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha en cuanto á los efectos solamente que atribuyen las leyes á la mera posesión, y que en ningún caso perjudicarán al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, de donde se infiere que la inscripción posesoria no puede menos de perjudicar al que sólo se halla en la tenencia ó posesión natural de la finca:

Considerando que por tener la información posesoria el carácter de acto de jurisdicción voluntaria y por estar limitadas las funciones de los Síndicos, con arreglo á lo que dispone el art. 56 de la ley Municipal, á representar á los Ayuntamientos en todos *juicios* que deban sostener en defensa de sus intereses y á ısurar y revisar las cuentas y presupuestos locales, es indudaque la mencionada información, del mismo modo que puede ificarse á instancia de cualquiera persona sin necesidad de

valerse de Letrado ni de Procurador, puede promoverse por los Alcaldes Presidentes de las Corporaciones, que, según el art. 112 de la citada ley, llevan su nombre y representación en todos los asuntos, salvas las facultades correspondientes á los Síndicos:

Considerando que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda en lo relativo al dominio y posesión de los terrenos por no haber justificado los actores su supuesto derecho, y al declarar nulo, sin embargo, el expediente posesorio, mediante á que no se instruyó por el Síndico en representación del Ayuntamiento, y á que la posesión natural de los inmuebles corresponde á los demandantes, infringe el párrafo 4.° del art. 403 de la ley Hipotecaria que se cita en el motivo 2.° del recurso, y las disposiciones legales invocadas en el 3.°;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Breña Baja, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 11 de Diciembre de 1891 dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas, en cuanto declara nulo el expediente posesorio instruído por el citado Ayuntamiento y manda cancelar su inscripción en el Registro de la propiedad; y devuélvase al recurrente el depósito que ha constituído. (*Gaceta* 5 Septiembre 1893.)

2.° (Art. 439.)

a) Interdicto de adquirir.

Ley de Enjuiciamiento civil, libro II, tit. XX, sección primera. Del interdicto de adquirir.

Art. 1.633. Para que pueda tener lugar el interdicto de adquirir, será requisito indispensable que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario los bienes cuya posesión se solicite.

Art. 1.634. Con la demanda, se presentará copia fehaciente de la disposición testamentaria del finado, cuyos bienes sea jeto del interdicto, ó si hubiere fallecido intestado, la declar de heredero hecha por autoridad judicial competente.

Art. 1.635. Cuando la posesión haya de fundarse en

distinto á los del artículo anterior, se arreglará el juicio al procedimiento establecido en el tít. XIV de la primera parte del libro III de esta ley.

Art. 1.636. En la demanda pedirá el actor que se le reciba sumaria información de testigos para justificar que los bienes cuya posesión reclama no están poseídos por nadie á título de dueño ni de usufructuario.

Art. 1.637. Dada la información de que habla el artículo anterior, dictará el Juez auto, otorgando sin perjuicio de tercero de mejor derecho, ó denegando la posesión solicitada.

El auto en que se deniegue será apelable en ambos efectos.

Art. 1.638. Dictado el auto otorgando la posesión, se procederá á darla en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás, por alguacil, á quien se conferirá comisión al efecto y ante actuario.

Por el mismo actuario se harán los requerimientos necesarios á los inquilinos, colonos, depositarios ó administradores de los demás bienes para que reconozcan al nuevo poseedor, el cual, en el mismo acto ó después, podrá designar las personas á quienes hayan de hacerse dichos requerimientos.

Art. 1.639. Al que haya obtenido la posesión deberá darse, si lo pidiere, testimonio del auto en que se le hubiere mandado dar, y de las diligencias practicadas para su cumplimiento.

Art. 1.640. Dada la posesión, el Juez dispondrá que el auto en que se haya mandado dar, se publique por edictos, que se fijarán en los sitios acostumbrados del pueblo en que residiere el Juzgado, y se insertarán en los periódicos de él si los hubiere, y en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Art. 1.641. Pasados cuarenta días desde la fecha en que se hubiere insertado el auto en el *Boletín Oficial* de la provincia, sin que nadie se haya presentado á reclamar, se amparará en la posesión al que la hubiese obtenido, y no se admitirá reclamación contra ella. Quedará sólo al que se crea perjudicado la acción de propiedad, durante cuyo juicio deberá conservarse en la posesión al que la haya adquirido.

Art. 1.642. Las reclamaciones que se deduzcan contra la posión durante el término antedicho, se unirán á los autos, y pados los cuarenta días, se entregarán al que hubiere obtenido la sesión para que las conteste ó exponga lo que tenga por con-

veniente dentro de seis días, transcurridos los cuales se recogerán los autos sin necesidad de apremio.

Art. 1.643. Presentado el escrito á que se refiere el artículo acterior, al que se acompañarán tantas copias del mismo cuantos sean los reclamantes, ó recogidos los autos, el Juez dictará providencia, mandando que se entreguen á aquéllos dichas copias, y que se cite á las partes á juicio verbal, para cuya celebración señalará el día más próximo posible.

Art. 1.644. Al juicio verbal podrán concurrir los defensores de las partes.

Después de exponer los reclamantes, por su orden, su derecho á poseer, y de contestarles el que haya obtenido la posesión, propondrán ambas partes las pruebas que les convengan, las que podrán ser de posiciones, documentos y testigos. Admitidas por el Juez las que estime pertinentes, se practicarán en el mismo acto, uniéndose los documentos á los autos.

Del resultado del juicio se extenderá acta, que firmarán el Juez, los interesados, los testigos que hubieren sido examinados y el actuario.

Art. 1.645. Si alguna de las pruebas propuestas y admitidas hubiere de practicarse fuera del lugar en que se celebre el juicio, el Juez acordará lo conveniente para que tenga efecto, pudiendo suspender el acto, señalando para continuarlo el día más próximo posible.

Art. 1.646. Concluído el juicio verbal, y dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará sentencia, en la cual acordará amparar en la posesión al que la haya obtenido ó darla al reclamante que tenga mejor derecho, con todas sus consecuencias, dejando sin efecto la dada anteriormente.

En este último caso, si resultare haber procedido dolosamente el que promovió el interdicto, será condenado en las costas y á la indemnización de daños y perjuicios.

Dicha sentencia será apelable en ambos efectos.

Art. 1.647. Luego que la sentencia adquiera el carácter de firme, se procederá á la ejecución de lo que en ella se hubiere mandado.

Cuando en su virtud deba darse la posesión al reclamante llevará á efecto del mismo modo expresado en el art. 1 638.

Art. 1.648. Si hubiere condena de costas, se procederá inmediatamente á su tasación y aprobación.

Art. 1.649. Si hubiere condena de frutos ó daños y perjuicios, se fijará su importe en otro juicio verbal, en el cual, con presencia de lo que las partes aleguen, y de las pruebas que se practiquen, determinará el Juez lo que deba abonarse.

Contra esta declaración no se dará ningún recurso, quedando á salvo las partes su derecho para hacer, en juicio ordinario, las reclamaciones que les convengan.

Art. 1.650. Conocido el importe de las costas, de los frutos ó de los daños y perjuicios, se procederá á hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo.

Jurisprudencia civil é hipotecaria.

Sentencia de 16 de Abril de 1889.—El interdicto es constitutivo de un título eficaz contra quien posee en concepto de dueño.

En la villa y Corte de Madrid, á 16 de Abril de 1889, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Pola de Siero, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, por Don José María de Navia Osorio y Campomanes, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, propietario, vecino de Oviedo, con D. Robustiano Martínez Noval, propietario é industrial, vecino de Pola de Siero, sobre nulidad de una escritura de foro y de su inscripción en el Registro y reivindicación de los bienes aforados, pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Francisco Silvela y el Procurador D. Celestino Armiñán, habiéndolo estado la parte recurrida por el Letrado D. Felipe Rivero y el Procurador D. Ramón Conesa:

Resultando que por escritura pública otorgada en Oviedo el día 9 de Agosto de 1850 y registrada en el antiguo oficio de hipotecas de dicha ciudad, Luarca, Castropol y Ribadeo, D. Manuel María de Navia Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, y su inmediato sucesor D. José María de Navia Osorio, probaron y ratificaron las operaciones de inventario, tasación, liquidación, partición y adjudicación de todos los bienes y mayorazgos de que se componía dicho Marquesado, consignándose entre sus bases que se declaraban y tendrían por vinculados para

la práctica de aquella operación todos los bienes de que se componían los mayorazgos de la casa de Santa Cruz de Marcenado y que le eran anejos, ya que los comisionados para practicar la liquidación no encontraban ningunos que fuesen libres, sino los procedentes de mejoramientos hechos por dicho Marqués; y que como éstos no indemnizaban el valor de los que siendo vinculados se habían vendido por el mismo, se convenía y acordaba en dicha base que la adjudicación de los bienes á las dos mitades, vincular y libre, se haría por mayorazgos enteros en cuanto fuese posible; que todos los bienes que se adjudicaren á la mitad vincular se entendiese que eran en su totalidad y del mismo modo que entonces los disfrutaba el citado Marqués, y que los que no se hubieran incluído en arriendos por pertenecer á las posesiones de los mayordomos ó ser procedentes de montes, quiñones, alquileres ó puestos públicos, nuevas adquisiciones, agregaciones y mejoramientos pertenecían igualmente que todos los demás al sucesor de aquél en igual goce que éste los disfrutaba, por lo que bajo dichas bases y previa formación de inventario, tasación, liquidación y partición de los indicados bienes se adjudicaron á la mitad vincular los de la casa de Celles y Vigil ó de Pola de Siero, la casa de Navia y su jardín, en Oviedo, igualmente que la casa de Castropol; adjudicándose á la parte libre el resto de los bienes de la casa de Castropol y Ribadeo, y el producto de todo lo vendido y dado en dotes á los hermanos D. José María y Doña Teresa de Nava Osorio, en cuya escritura se obligó, por último, el citado Marqués de Marcenado á no enajenar, gravar, aforar ni hipotecar los bienes pertenecientes á la parte vinculada, conservándola intacta para el inmediato sucesor:

Resultando que D. Manuel de Navia Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, en escritura otorgada en la Pola de Siero á 5 de Abril de 1864, diciéndose dueño en completo dominio de una finca rústica llamada El Castañedo de la Tejera; de otra rústica de mata, sita en el Canto de Guasicio; de otra, también de mata, llamada El Cierro, junto al Pozón, y de otra finca rústica de labor llamada Llosa de la Carretera, las tres primeras en la parroquia de Marcenado, y la última en términos de la [illegible] de Siero, dió en foro perpetuo á D. Robustiano Martinez N[illegible] las tres fincas primeramente citadas y un solar de la Llosa [illegible] Carretera, que comprendía un pedazo de terreno de 41 pies

Saliente á Poniente, y 170 pies de Mediodía á Norte, el cual entregó en aquel acto 6.000 reales por el dominio útil de las indicadas fincas, con la obligación de satisfacer al expresado Marqués el día 5 de Abril de cada año la pensión ó canon de 160 reales:

Resultando que por auto dictado por el Juez de primera instancia de Pola de Siero en 16 de Diciembre de 1881, en interdicto de adquirir la posesión promomovido por D. José María Navia Osorio, le fué otorgada ésta sin perjuicio de tercero con relación á los bienes adjudicados á la mitad reservable de los vínculos y mayorazgos de su tío D. Manuel de Navia Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, cuya posesión judicial se dió al citado D. José el 29 de dicho mes y año en la casa palacio llamada del Jardín, en voz y nombre de todas las demás fincas, rentas y foros del Concejo de Siero:

Resultando que D. José María de Navia Osorio y Campomanes, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, fundado en estos antecedentes, dedujo demanda de mayor cuantía, solicitando se declarase nula y de ningún valor la escritura de aforamiento antes mencionada, así como que se decretase la cancelación de la inscripción que de ella se hubiere hecho en el Registro de la propiedad, y que en su consecuencia se condenase á D. Robustiano Martínez Nogal á que desde luego restituyese y entregase á Don José María de Navia Osorio los bienes aforados, entendiéndose en lugar de la entrega del terreno de la Llosa de la Carretera la indemnización de su valor, consistente en 26.000 reales, ó en que regulasen peritos de recíproco nombramiento en el caso de que el demandado manifestase no querer ó no poder destruir el edificio que había levantado sobre dicho terreno, con los frutos y rentas desde el 16 de Octubre de 1881, para lo cual alegó que era inmediato sucesor de su tío D. Manuel de Navia en los vínculos que éste había poseído hasta su fallecimiento, ocurrido en 16 de Octubre de 1881, de cuya mitad reservable se le había puesto en posesión por la sentencia del Juzgado en el interdicto de adquirir suscitado al efecto; que le correspondía la mitad reservable s udicada á su padre premuerto en la liquidación y partición c los bienes del Marquesado y vínculos, otorgada entre este últ o, en concepto de sucesor eventual, y su hermano el difunto l rqués, según constaba en la escritura pública otorgada en 9 de

Agosto de 1850, en la que, entre otros supuestos, se había consignado que todo cuanto poseía el Marqués ya difunto era de procedencia vincular y de la mitad reservada para el inmediato sucesor, figurando entre dichos bienes los de la casa de Celier y Vigil, ó sean los de la administración del Concejo de Siero, sin exceptuar ninguno de cuantos allí disfrutaba, el cual, además de la obligación que la ley le imponía de reservarlos y conservarlos íntegros, contrajo expresamente el compromiso personal de no enajenarlos, según constaba en la dicha escritura, y que no había cumplido tal obligación, puesto que por la escritura ya citada de 5 de Abril de 1864 había aforado perpetuamente á favor de D. Robustiano Martínez Nogal las fincas rústicas que en dicha escritura se expresaban por la cantidad de 6.000 reales de entrada y pensión anual de 170 reales, capitalizada en 5 333; todo lo cual poseía el forero, habiendo levantado en el trozo de terreno de la Llosa de la Carretera una casa de habitación para su uso y servicio:

Resultando que D. Robustiano Martínez contestó esta demanda suplicando se le absolviera de ella aunque fuese mediante la prescripción que también invocaba, pidiendo además que si por cualquiera razón no hubiere lugar á que se le absolviese, se condenara al demandante al pago de las obras y mejoramientos hechos en las expresadas fincas, según regulación pericial, diciendo en su apoyo: que no podía afirmar ni negar que el demandante hubiera sucedido á D. Manuel de Navia Osorio en los vínculos y mayorazgos que éste había poseído hasta su fallecimiento, siéndole además desconocida la existencia de aquéllos, pues tratándose de hechos que no le afectaban personalmente, le era imposible establecer acerca de ellos afirmaciones ciertas y concretas; que ignoraba si se le había dado ó no al demandante la posesión de la mitad reservable, ya que en vista de la sentencia de 16 de Diciembre de 1881 lo único que podía afirmar era que la posesión otorgada por aquel medio en 29 del mismo mes no se había entendido con él ni podía entenderse, puesto que disfrutaba los bienes que se demandaban á título de dueño, y por consiguiente no sabía tampoco cómo ni en qué forma se había trasmitido á D. José María de Navia lo que se adjudicó á otro de su nombre y apellido en la liquidación y partición de los bienes del Marquesado; que en la escritura de 9 de Agosto de 1850 no

afirmaba que fuera de procedencia vincular cuanto poseía el difunto Marqués de Siero, declarándose tan sólo en ella que se tendrían por vinculados para la operación divisoria todos los bienes de que se componían los mayorazgos de la casa de Santa Cruz de Marcenado, lo cual era dejar las cosas en la misma obscuridad en que se hallaban, puesto que equivalía á decir que se tendrían por vinculados los bienes que lo fueren, siendo de notar que en la expresada escritura se consignaba también que pertenecerían al sucesor las nuevas adquisiciones y mejoramientos en la misma forma que los disfrutaba el poseedor, lo cual demostraba que en vez de haberse practicado la formal liquidación de un vínculo, se había hecho una verdadera transacción, dando al que se llamó inmediato sucesor bienes así libres como de procedencia tal vez vincular en pago de los derechos que se le quisieron reconocer; y que, por último, la casa que había construido en el trozo de la Llosa de la Carretera se hallaba al amparo del título legítimo procedente de la escritura de foro otorgada por D. Manuel de Navia Osorio en 5 de Abril de 1864, por virtud de la cual era dueño de aquel terreno:

Resultando que ambas partes reprodujeron respectivamente en los escritos de réplica y dúplica sus alegaciones anteriores, y recibidos los autos á prueba se practicó tan sólo la que propuso el demandado, dirigida principalmente á acreditar las mejoras hechas en la expresada finca:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo á D. Robustiano Martínez de la demanda interpuesta por D. José María de Navia y Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, y sustanciada la apelación que de esta sentencia se interpuso, durante cuya alzada se practicaron diferentes pruebas por ambas partes, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo dictó sentencia en 30 de Abril de 1888, confirmando la del Juzgado:

Resultando que D. José María de Navia Osorio y Campomanes, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, interpuso recurso de casación por infracción de ley con el depósito de 1.000 pesetas, fundado en los motivos siguientes:

1.° En la infracción de los artículos 2.° y 4.° de la ley de 11 Octubre de 1820 y 1.° de la de 28 de Junio de 1821, en los cuales se establece el derecho del inmediato sucesor en las vincula-

ciones suprimidas á la mitad reservable, así como la facultad del poseedor actual para disponer libremente de la otra mitad, y la división, que había de practicarse con la intervención del sucesor inmediato, ó del Procurador Síndico, según los casos, estableciéndose los efectos del consentimiento de dicho sucesor en lo relativo á la división y la escritura de 9 de Agosto de 1850, en cuanto por aquellas disposiciones y cláusulas de dicho documento se había fijado la integridad del caudal correspondiente á la mitad reservable, que no podía alterarse por medio de actos posteriores en que no tuviera intervención dicho sucesor, como sucedió en la escritura de aforamiento de 8 de Abril de 1864, otorgada á favor de D. Robustiano Martínez, con la cual se desvirtuaba la división hecha que por nadie había sido impugnada; doctrinas todas confirmadas por la jurisprudencia y especialmente por la sentencia de 5 de Mayo de 1866, relativa á la validez de la división hecha en los bienes de un vínculo cuando se ha practicado legalmente, así como la no aplicación del remedio de la prescripción á favor de las enajenaciones verificadas en contra de los efectos de aquella división, que había desconocido é infringido por tanto la Sala sentenciadora:

2.° En la infracción de la escritura de 9 de Agosto de 1850, como ley de contrato, una vez que, inscrita en el Registro de la propiedad, era indudable que aquella estipulación constituía precepto legal obligatorio, tanto para el poseedor como para cuantos hicieran derivar de éste su derecho, comprendiendo, por tanto, á D. Robustiano Martínez, á quien el poseedor no pudo transmitir más derechos que los que se hallaban definidos en el citado contrato de 1830; violándose, por tanto, la ley que había fijado la entidad de aquel patrimonio constituída al verificarse la división cuando se otorgó el aforamiento á favor de D. Robustiano Martínez:

3.° En que la sentencia infringe también la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en numerosas sentencias, y especialmente en la de 14 de Marzo de 1862, 30 de Enero y 9 de Diciembre de 1864 y 27 de Junio de 1867, de las que se desprende que cuando existe un título que determina una situación de derecho respecto á la posesión y dominio de unos bienes, no puede alterarse éstos sin que se pida ú obtenga previa ó simultáneamente la nulidad de dicho título, en cuanto no ha podido man

nerse el aforamiento hecho sin pedir ni obtener la nulidad de la escritura de 1850, que había determinado la manera de ser de aquellos bienes, cuya doctrina se completaba en su aplicación al caso presente con la consignada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1862, en cuanto se declaraba en ella que adjudicados por providencia judicial á una familia los bienes de un vínculo, no podía un tercero sostener con fundamento que le pertenecía su dominio, sin que declarase antes la improcedencia de aquella adjudicación, y como se había acreditado por el auto dictado en el interdicto de adquirir que se dió posesión judicial, sin perjuicio de tercero, á D. José María de Navia Osorio de los bienes adjudicados á la mitad reservable de los pertenecientes á los vínculos y mayorazgos de su tío D Manuel, lo cual no había sido impugnado, era indudable que existia á su favor una declaración solemne y eficaz, cuyos efectos eran ineludibles mientras no se declarase que la tal adjudicación era improcedente:

4.° En la infracción de los artículos 29, 34 y 37 de la ley Hipotecaria, en los que se establecen los efectos de la inscripción de los derechos respecto de tercero y la eficacia de las acciones rescisorias que deben su origen á causas inscritas en el Registro; porque habiéndose acreditado la inscripción de la escritura de 9 de Agosto de 1850, en la que se consignó la división de los mayorazgos, señalándose las fincas correspondientes al inmediato sucesor, entre las que figuraban las que habían sido objeto de aforamiento, era indudable que se había desconocido el efecto de aquellas disposiciones legales, tanto al suponer que D. Robustiano Martínez había adquirido legítimamente los derechos nacidos de la escritura de aforamiento, como al entender que no podía rescindirse aquella escritura por la acción nacida de los derechos del inmediato, ó que se habían consolidado á virtud de una prescripción que de ningún modo podía valer en contra de lo consignado terminantemente en el Registro, y de lo cual tenía conocimiento perfecto D Robustiano Martínez, una vez que había ¿ado á inscribir su escritura de aforamiento:

[illegible] 5.° En el párrafo séptimo del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, una vez que la Sala sentenciadora desestimaba certificación del acto, en virtud del cual se había dado posesión [illegible]icial al Marqués de Santa Cruz de Marcenado de los bienes

adjudicados á la mitad reservable de los vínculos y mayorazgos de su tío, en cuanto acreditaba la existencia con ese carácter del patrimonio que constituía dicha mitad, en el cual figuraban las fincas dadas en el aforamiento, cuyo acto constituía un documento auténtico por nadie impugnado en el pleito actual:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la sentencia no desconoce ni infringe los artículos 2.° y 3.° de la ley de 11 de Octubre de 1820, ni el 1.° de la de 28 de Junio de 1821, según los cuales los poseedores de vinculaciones pudieron disponer de la mitad de los bienes de los mismos y reservar al sucesor inmediato la mitad restante previa tasación y división hecha formalmente entre ambos ó mediando sólo el consentimiento del dicho inmediato sucesor, ni desconoce tampoco la eficacia de la escritura de 9 de Agosto de 1850 para los que la otorgaron; porque la absolución de la demanda se funda en no haberse probado la naturaleza vincular de los bienes que el actual Marqués de Santa Cruz de Marcenado reivindica, y en que la escritura referida no fué traslativa de dominio:

Considerando que el contrato es ley sólo para los que lo han celebrado y para sus herederos, pero no para quien ha adquirido con independencia de tal contrato una cosa por título singular, como lo es el de aforamiento otorgado por el anterior Marqués de Santa Cruz de Marcenado á favor de D. Robustiano Martínez:

Considerando que la doctrina invocada en el tercer motivo del recurso, de que cuando existe un título que determina una situación de derecho respecto á la posesión y dominio de unos bienes, no pueden alterarse éstos sin que se pida y obtenga la nulidad de dicho título, á quien favorece en el caso actual es al demandado poseedor en virtud del título de dominio ó aforamiento obtenido por él y no al recurrente, porque *el interdicto de adquirir no puede constituir el título á que se alude y menos contra quien está poseyendo á título de dueño:*

Considerando que no siendo la escritura de 9 de Agosto de 1850 traslativa de dominio, sino de división hecha por grupos de rentas al efecto de que el poseedor pudiera disponer de la mitad los bienes correspondientes, y no pudiendo reivindicar ninguno de ellos el actual Marqués en el concepto de inmediato sucesor sin probar la naturaleza vincular de los mismos, carecen de aplicación los artículos 29, 34 y 37 de la ley Hipotecaria que se ci

en el supuesto de que por la toma de razón de aquella escritura en las antiguas Contadurías de hipotecas consta el dominio á favor del recurrente, además de que el valor que los artículos 411 de la ley Hipotecaria y 307 de su Reglamento han respetado en los asientos de los libros de las antiguas Contadurías, es el que tenían, según la legislación antigua, y en cuanto á los derechos que en ellos constan, que no puede ser el que emana de la especialidad y publicidad de las actuales inscripciones, cuando, como en el caso actual, no se nombrara ni individualizaron fincas, sino cantidades de rentas por casas ó administraciones:

Considerando que la Sala no incurre en el motivo de casación previsto en el párrafo séptimo del art. 1 692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no haber dado á la certificación del interdicto de adquirir y del auto de posesión consiguiente la eficacia de acreditar el carácter vincular de los bienes, porque la Sala no ha desconocido la existencia de tales resoluciones judiciales, que es el único efecto que pudo producir la referida certificación como medio de prueba, además de que dichas resoluciones, como de posesión interina, nunca fijarían, como se pretende, el carácter vincular de los bienes en perjuicio de tercero;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José María de Navia Osorio y Campomanes, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, á quien se condena en las costas y á la pérdida del depósito que se constituyó, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese la certificación correspondiente á la Audiencia de Oviedo, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos. (*Gaceta* de 2 de Julio de 1883.)

Sentencia de 10 de Febrero de 1893.—La acción de propiedad es la única procedente después del interdicto.

En la villa y Corte de Madrid, á 10 de Febrero de 1893, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Guadalajara y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta capital por D. Pedro de la Plata y López, labrador, vecino de Valdeaveruelo, representado por el Procurador D. Carlos Bonillo, y defendido por el Licenciado D. Luis Martorell y Rovira,

con D. Juan Alonso Gasco y Yagüe, vecino de esta Corte, Comandante retirado, en concepto de apoderado de D. José B. Díaz Salcedo Gana y Morales, residente en Valparaíso, y éste á su vez de sus hermanos D. Ignacio, D. Manuel, Doña Rosa, Doña Ignacia, Doña Filomena y Doña María Teresa Díaz Salcedo Gana y Morales, domiciliados asimismo en Valparaíso y otros puntos de la República de Chile, y en nombre de todos el Procurador Don Ramón Calabria y Sánchez, bajo la dirección del Licenciado Don José de Sagarminaga, sobre mejor derecho á unos bienes:

Resultando que por fallecimiento, en 8 de Abril de 1809, de Doña Antonia Rodón, poseedora de diferentes vínculos, mayorazgos y patronatos, se declaró á D. Antonio Medrano inmediato sucesor de ellos, dándosele posesión en 11 de dicho mes en una casa de Guadalajara, calle de Barrionuevo, correspondiente á los mayorazgos llamados de los Torres, á voz y nombre, no sólo de los demás de sus dotaciones, sino también en el de todas las pertenecientes á cuantos vínculos, patronatos, agregaciones y demás fundaciones anejas á ello poseyó y disfrutó Doña Antonia Rodón y Torres, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, así como de los mayorazgos nombrados de los Medranos, que también disfrutó dicha Doña Antonia:

Resultando que opuestas diferentes personas á la indicada posesión, y entre ellas Doña Catalina de Torres, y por su fallecimiento D. Juan Antonio de la Plata, abuelo del hoy demandante, D. Jerónimo Páez Jaramillo y D. Antonio Medrano, recibido el juicio á prueba y manifestado por D. Juan Antonio de la Plata que no encontraba la partida de matrimonio de uno de sus ascendientes, se dictó sentencia en 27 de Julio de 1814, declarando que correspondía á D. Jerónimo Páez Jaramillo el goce y obtención de los indicados vínculos en el ínterin que D. Domingo Díaz Muñoz y Salcedo, su tío, ausente en partes remotas, por sí ó sus descendientes legítimos, no pretendiera derecho á las referidas vinculaciones, y prestando la obligación solemne de devolverlos en tal caso, se le confiriera la posesión de ellos en cualquier finca de sus respectivas dotaciones, con rendimiento de las rentas vencidas desde la vacante por muerte de Doña Antonia Rodón, y que, previa la oportuna obligación, tuvo efecto la posesión en 6 de Agosto de 1814 en la casa de la calle de Barrionuevo, á voz y nombre de todos los demás bienes, con rend

miento de frutos y rentas vencidas desde el fallecimiento de Doña Antonia Rodón, su última poseedora, sin perjuicio de tercero que mejor derecho acreditase:

Resultando que acompañando una información para perpetua memoria, con arreglo al tit. VIII, libro 2.° de la ley de Enjuiciamiento civil, para justificar la presunción legal de haber muerto hacía muchos años D. Domingo Salcedo, ausente en América, y último poseedor que fué de los vínculos fundados por Pedro Pérez, el Viejo, y su mujer, y por María Sanz, á los cuales se consideraba con derecho preferente D. Pedro de la Plata, padre del hoy demandante, promovió en 16 de Septiembre de 1862 interdicto de adquirir, pidiendo que se le otorgase la posesión de los bienes pertenecientes á las vinculaciones mencionadas, sin perjuicio de tercero, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, y después de haber obtenido declaración de pobreza y reproducido su solicitud, por auto de 26 de Febrero de 1863 se le otorgó la posesión solicitada de los bienes que constituían las referidas vinculaciones sin perjuicio de tercero de mejor derecho, mandando que, verificada, se procediera á la fijación de edictos, posesión que se le dió en la casa de Guadalajara, calle de Barrionuevo, número 16, como una de las fincas de las fundaciones, á voz y nombre de las demás, con los frutos y rentas desde la vacante, sin perjuicio de tercero:

Resultando que publicados los edictos, compareció en los autos D. Ignacio Díaz Salcedo, vecino de Valparaíso, y sosteniendo con presentación de varios documentos, que tenía mejor derecho y más antiguo á la posesión dada á D. Pedro de la Plata, pues la tomó su padre en 27 de Octubre de 1835, y por su muerte transmitió en propiedad á sus hijos la mitad de los bienes de dichas vinculaciones, pasando la otra mitad por ministerio de la ley al primogénito, solicitó que se le entregasen los autos para formalizar la demanda más conducente:

Resultando que estimado así, y sustanciado el juicio correspondiente con audiencia de D. Pedro de la Plata, dictó sentencia 6 de Agosto de 1863 el Juez de primera instancia, por la que ciendo aplicación del art. 803 de la ley de Enjuiciamiento civil, jó sin efecto la posesión conferida á D. Pedro de la Plata, en tud del auto de 26 de Febrero anterior de dichas vinculacios, mandando se posesionase al representante de D. Ignacio

Díaz Salcedo de todos los bienes á que dicha posesión se extendía, dándosela en la forma que establecía el art. 698 de la propia ley; y que interpuesta apelación de esta sentencia por D. Pedro de la Plata, la Sala primera de la Audiencia de esta Corte la confirmó en todas sus partes, en 19 de Abril de 1864, entendiéndose dicha posesión en el concepto de sucesor inmediato de su padre D. Juan Antonio Díaz, respecto á la segunda mitad y como heredero de la restante, sin perjuicio del derecho que asistiera á los hermanos de D. Ignacio Díaz Salcedo:

Resultando que dada á éste la posesión en la ya citada casa á nombre de los demás bienes, D. Pedro de la Plata López dedujo en 26 de Abril de 1889 demanda civil ordinaria para que se declarase que tenía mejor derecho á poseer los bienes dotales de las repetidas vinculaciones que D. Ignacio Diaz Salcedo, ó los causahabientes de D. Domingo Díaz Salcedo y Muñoz, y que por consiguiente se condenase á éstos á que entregasen dichos bienes, con más los frutos percibidos:

Resultando que emplazados los demandados por medio de edictos en los periódicos oficiales, compareció D. Juan Alonso Gasco, como apoderado de D. José B. Díaz Salcedo Gana y Morales, y por sustitución de él, sus hermanos D. Ignacio Manuel, Doña Rosa Jesús, Doña Ignacia Lucía, Doña Filomena María y Doña Filomena Jesusa, vecinos de Valparaíso, y acordado que contestasen á la demanda, presentaron escrito, en el que, haciendo mérito de los antecedentes referidos, expusieron: que contra la sentencia de 19 de Abril de 1864 no utilizó D. Pedro de la Plata recurso alguno, quedando consentida y ejecutoriada; que D Pedro de la Plata López, hijo del anterior, suscitaba de nuevo y con una demanda, la cuestión de mejor derecho á poseer los bienes totales tan repetidos, y dirigiéndola contra D. Ignacio Díaz Salcedo ó los causahabientes de D. Domingo Díaz Salcedo, había pedido y obtenido su emplazamiento; y que en representación de D Ignacio Díaz Salcedo se habían personado sus hijos, justificando esta cualidad y fallecimiento de aquél; que la sentencia firme recaída en un pleito tenía la fuerza y autoridad de la cosa juzgada en cualquier otro que se suscitase si hubiese identidad de personas, cosas y acciones; que la cosa juzgada adquiría fuerza de irrevocable, no sólo entre los contendores, también entre sus herederos y causahabientes, según la le

título XXII, Partida 3.ª, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 1.º de Diciembre de 1867 y 3 de Octubre de 1866; que la cosa juzgada constituía una excepción perentoria que el demandado podía objetar á la demanda, sin otra contestación, en conformidad al art. 544 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que el litigante temerario debía ser condenado en costas; y por todo ello pidió que, teniendo por excepcionada con su carácter perentorio la cosa juzgada, y previa su sustanciación por los trámites establecidos para los incidentes, se declarase que D. José B. Díaz Salcedo Gana y Morales no venía obligado á contestar á la demanda interpuesta por la representación de D. Pedro Plata; que la declaración del derecho de aquél estaba consentida por ejecutoria que adquirió la fuerza, valor y autoridad de la cosa juzgada, y que al demandante era de imponer, como condena, el perpetuo silencio y las costas:

Resultando que evacuando el demandante el traslado que se le confirió, impugnó la excepción alegada exponiendo que no se habían planteado en autos más cuestiones que á las partes hoy litigantes afectasen, ni habían podido por tanto ser resueltas antes de que se incoara la demanda; que la de si por ser ó no ignorado el paradero de la persona á quien en 1835 se declaró corresponder el goce y obtención de las vinculaciones objeto del pleito, ó de sus herederos en caso de presunción de muerte, procedía ó no la posesión para los inmediatos parientes, y entre ellos para el causante del hoy demandante, sin que hubiera habido juicio declarativo de ninguna clase; que quizás por esto y sólo por esto, se hallaban los autos sin archivar cuando la demanda se entabló; que el juicio declarativo de mayor cuantía pendiente tenía por objeto, según textualmente expresaba la súplica de la demanda, que se declarase el mejor derecho que esta parte tenía á poseer los bienes indicados, y se condenase á los demandados á entregarlos á D. Pedro de la Plata, con más los frutos percibidos y podido percibir, para lo que se ejercitaba, entre otras, la acción real. Que podía y debía por consiguiente

mar que en este juicio se litigaba acerca del mejor derecho las partes al dominio de los bienes y nunca hubo acerca de

o discusión en forma, ni pudo por lo mismo recaer sentencia

e decidiera acerca del mejor derecho, é hiciera por consiguien-

declaraciones sobre la parte á quien en la actualidad corres-

pondiera el dominio de los bienes de que se trataba; debiendo advertir que la parte que aducía la excepción de la cosa juzgada hasta tal punto conocía lo que se acaba de exponer, que sólo por culpa ó negligencia habría podido alegar ó pretender lo contrario deduciendo como fundamentos de derecho que, según doctrina de este Supremo Tribunal, la excepción de cosa juzgada en un pleito sólo puede prosperar cuando ha habido otro con los mismos demandantes, iguales demandados, una acción ejercitada de índole igual y la propia razón de pedir; y que consecuente con tal doctrina, establece el Código civil vigente que para que la excepción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, no pudiendo, por consiguiente, surtir efecto en el caso de autos en que no había habido sentencia que resolviera sobre el dominio, en que no se había discutido por las partes en forma el mejor derecho, en que los actores demandados no lo habían sido nunca como poseedores indebidos, y en que ni siquiera había habido hasta hoy pleito en el sentido literal y legal de la palabra:

Resultando que sustanciado el artículo en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta Corte dictó en 4 de Diciembre de 1891 sentencia confirmatoria con las costas, declarando haber lugar á la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por D. José B. Díaz Salcedo á la demanda promovida por D. Pedro de la Plata y López:

Resultando que D. Pedro de la Plata y López ha interpuesto recurso de casación alegando: primero, que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto por la ley 19, tít. XXII de la Partida 3.ª, cuyos preceptos son en su esencia iguales á los contenidos en el artículo 1.252 del Código civil, y de igual modo la doctrina constante establecida en multitud de sentencias de este Supremo Tribunal, entre ellas las de 1.º de Diciembre de 1857, 3 de Octubre de 1866 y 21 de Enero de 1882, consistiendo el concepto de dic infracción en que, disponiéndose en dichas disposiciones lega que para que prospere en un pleito la excepción de cosa juzga es indispensable que haya habido otro con los mismos dem dantes, iguales demandados, una acción ejercitada de ind

igual y mediante la misma razón de pedir, y el fallo recurrido estimaba dicha excepción, no obstante no haber existido jamás otra cosa que un interdicto de adquirir, pero nunca un juicio declarativo cual el que últimamente se había incoado, en el que el recurrente pedía lo que jamás se había pedido, ó sea la declaración de mejor derecho y la condena de entrega de bienes con los frutos percibidos ó podidos percibir, demandaba á personas que jamás habían sido demandadas, porque nunca se había incoado demanda alguna contra los causahabientes de D. Domingo Díaz Salcedo y Muñoz y contra D. Ignacio Díaz Salcedo, ejercitaba una acción de índole distinta de las hasta hoy ejercitadas, si era que alguna se había ejercitado en forma, cosa insostenible desde el momento en que no había habido ningún juicio declarativo, y pedía por razón de parentesco, alegando preferencia en bienes y proximidad de grados, basados en documentos justificativos de entronques y árboles genealógicos, que, como lo revelaban los hechos relatados, nunca habían sido hasta hoy razón de pedir, y menos de incoar un juicio civil ordinario ó declarativo de mayor cuantía; segundo, y que por aplicación indebida se han infringido el art. 701 de la ley de Enjuiciamiento civil anterior á la actual y el 1.641 de la vigente, que disponen que si los que tuvieren la posesión cuando se incoe un interdicto de adquirir no reclamasen dentro del plazo legal siguiente al de la publicación de los edictos, contra el que á virtud de tal interdicto hubiera obtenido la posesión, no les quedará más acción que la de propiedad en el juicio plenario correspondiente, consistiendo el concepto de esta infracción en el supuesto de que pudiera estimarse que los citados artículos obstaban á que prosperase el motivo de casación antes anunciado, en cuanto se impedía al recurrente, precisamente con la excepción de cosa juzgada estimada, el juicio plenario de mejor derecho, el juicio plenario de propiedad envuelto en la demanda que pedía la entrega de bienes con sus frutos, y se le impedía precisamente tratándose de D. Pedro de la Plata, que no fué ciertamente poseedor que se dejó despojar á virtud de un interdicto, sino todo lo contrario, y por tanto, esba claro que no podía ser perjudicado por la excepción que á rtud de elementales reglas de derecho, también infringidas, os de ser aplicable á los casos no exceptuados, era para ellos la nfirmación de la regla general;

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio Garijo Lara;

Considerando que la sentencia no infringe, y antes bien aplica rectamente la ley 19, tít. XXII, Partida 3.ª, y la doctrina que en relación con la misma se cita en el primer motivo, porque en la demanda deducida por el recurrente D. Pedro de la Plata López se pide la misma cosa y se funda en idéntica causa y razón de pedir que tuvo su padre en el juicio posesorio á que puso término la sentencia dictada por la Sala primera de la Audiencia de esta Corte en 19 de Abril de 1864, en cuyo juicio fué parte D. Ignacio Díaz Salcedo, de quien trae causa como heredero el demandado D. José B. Díaz Salcedo, y porque, según la ley procesal, la sentencia que pone término al juicio producido por el interdicto de adquirir, impide todo otro pleito posesorio ulterior, no quedando otro recurso al que se crea perjudicado, ó con mejor derecho, que el ejercicio de la acción de propiedad:

Considerando que tampoco es de estimar el segundo motivo, no ya solo por el principio de que cuando una cuestión ha sido tratada en juicio y se ha resuelto por sentencia ejecutoria, no pueden los mismos litigantes ni sus herederos promover otra nueva controversia sobre lo que ha sido objeto de aquélla, sino porque expresa y claramente dispone la ley procesal, tanto la vigente como la que lo estaba cuando D. Pedro de la Plata, padre del recurrente, entabló el interdicto de adquirir, que una vez resuelta la posesión, no cabe otro recurso que el ejercicio de la acción de propiedad, y nunca reproducir en otro juicio, siquiera sea de más amplia discusión, como pretende D. Pedro de la Plata y López, el mejor derecho á la posesión de los bienes de que se hace mérito, ya ejecutoriamente resuelto por la sentencia de 19 de Abril de 1864;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro de la Plata López, á quien condenamos, por razón de depósito, al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta Corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido. *(G* de 29 de Agosto de 1893.)

Resolución de 13 de Junio de 1893.—Interdicto de adquirir.—Procedencia de la inscripción de la posesión fundada en él.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo instruído á nombre de Doña Josefa Peris y Sentis contra la negativa del Registrador de la propiedad de Falset á inscribir un mandamiento judicial pendiente en este Centro en méritos de la apelación interpuesta por dicho funcionario:

Resultando que en autos de interdicto de adquirir, promovidos por el Procurador D. Juan Pi, en representación de Josefa Peris Sentís, se dió á ésta la posesión real de varias fincas heredadas de José Pi Fortuny, y al efecto de que dicha posesión fuese inscrita en el Registro de la propiedad, dictó un mandamiento el Juzgado comprensivo de la parte dispositiva del auto y de la descripción de las fincas:

Resultando que el Registrador de la propiedad de Falset rechazó la inscripción del mandamiento «por contraerse á posesión que sólo puede y debe justificarse á los efectos de inscribirla, en la forma que establecen los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria (Real decreto de 20 de Mayo de 1878 y Resolución de la Dirección general de 16 de Febrero de 1882):»

Resultando que D. Juan Pi, en la representación indicada, formuló contra la anterior negativa el presente recurso, tramitado con sujeción al Real decreto de 3 de Enero de 1876, y solicitó se declare inscribible la posesión de que se trata, fundado: en que á la muerte de José Peris Fortuny, bajo testamento otorgado en 21 de Febrero de 1850, solicitó Josefa Peris la inscripción de este documento por haber premuerto sus hermanos primeramente instituídos por el testador, y el Registrador de Falset se opuso á tal demanda, lo cual dió margen á un recurso gubernativo, terminado por Resolución del Centro directivo de 20 de Noviembre de 1891, en la que, por estimarse dudosa la cláusula hereditaria, se declaró improcedente la inscripción hasta que los Tribunales de justicia dictasen sentencia explicando su verdadero sentido y alcance; que en vista de ello interpuso Josefa Peris interdicto de adquirir la posesión, en que recayó auto favorable á la demandante, puesto que ordenó que las fincas fueran inscritas á su nombre; que la nueva oposición del Registrador, basada en los

textos legales que invoca, pone á la recurrente en el caso de no poder inscribir su derecho, ya que, dado el criterio de la Resolución de la Dirección de 20 de Noviembre de 1891, tendría que promover un juicio declarativo, el cual supondría contención, que en este caso no existe, puesto que nadie disputa á la señora Peris judicialmente su derecho de propiedad; que la nota recurrida no se funda ni aun en los textos legales que en ella se citan, pues lo que de ellos se colige es que los propietarios que carecen de título escrito sólo pueden obtener la inscripción de posesión mediante el expediente que regulan los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria, reformados por el 6.° de la de 17 de Julio de 1877; que de ahí se infiere que ni la ley Hipotecaria ni la jurisprudencia posterior tratan de la posesión obtenida en providencia judicial recaída en interdicto de adquirir, porque tal posesión deriva de un título escrito y es inscribible, porque el título de que arranca está sobreentendido entre los que enumera el artículo 2.° de la ley Hipotecaria; que la posesión amparada por un interdicto de adquirir descansa en garantías más sólidas que la que acredita el expediente hipotecario, porque en primer lugar se funda en un título cierto seguido de una información testifical, y además ofrece toda la solidez que proporcionan los medios de publicidad en que se llama á cuantos tengan interés en combatir semejante posesión; y, por último, que en corroboración de toda esta doctrina pueden citarse las Resoluciones de la Dirección de 9 de Julio de 1868 y 30 de Noviembre de 1871:

Resultando que oído el Registrador, informó en sentido de que su nota se ajusta estrictamente al derecho constituído, ya que al regular la ley de Enjuiciamiento civil el interdicto de adquirir, no ordena que aquél que en su virtud ha obtenido la posesión puede solicitar se le expida mandamiento para inscribirla en el Registro, y en la ley Hipotecaria no se establece como medio para inscribir la posesión un auto recaído en aquel interdicto:

Resultando que pedido asimismo informe al Juez de primera instancia de Falset, lo evacuó estimando procedente la revocación de la nota y la inscripción del mandamiento, y apoyó su dictamen en razones ya expuestas por el recurrente, y además que de prevalecer la nota había que borrar de la ley de Enjuiciamiento los artículos 1.633 y siguientes, declarar completament

inútil el derecho que la ley concede á las partes para que en juicio plenario contiendan acerca de la posesión definitiva de uno ó más bienes, y reputar sin sentido el último párrafo del artículo 1.658 de la indicada ley, que á tanto equivale opinar que sólo mediante el procedimiento de los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria es inscribible el hecho posesorio; que el Real decreto de 20 de Mayo de 1878 no tuvo más objeto que el de aclarar algunas dudas á que dió lugar la ley de 17 de Julio de 1877, derogatoria de los artículos 400 y 401 de la ley Hipotecaria; que de igual suerte se hace imposible, con el criterio del Registrador, la inscripción de posesión á virtud de los preceptos contenidos en el Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, esto aparte de que, ajustándose á él, hay que reconocer más eficacia en un simple expediente posesorio tramitado sin audiencia de nadie y con escasa solemnidad, que en un pleito civil ordinario ó en un interdicto de adquirir, cuya sentencia se publica en el *Boletín Oficial* de la provincia, para que en el largo plazo de cuarenta días puedan oponerse á la posesión cuantos se crean por ella perjudicados:

Resultando que el Presidente de la Audiencia, con todos estos antecedentes á la vista, declaró inscribible el mandamiento en cuestión por considerar: que al promover Doña Josefa Peris el interdicto de adquirir, tuvo por objeto subsanar el defecto que declaró existir la Dirección general en su Resolución de 20 de Noviembre de 1891 en la relación de bienes que constituían la herencia de dicha interesada; que declarada por el Juzgado en sentencia firme la posesión de los bienes de que se trata á favor de Doña Josefa Peris, ésta pudo solicitar del Juzgado se expidiera el oportuno mandamiento al Registrador, desde el momento en que ni la ley Hipotecaria ni la de Enjuiciamiento prohiben dicho trámite; y que los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria sólo tienen aplicación cuando se trata de inscribir los expedientes posesorios de quienes carezcan de título escrito, caso que no es el de este recurso, por cuanto Doña Josefa Peris ostenta como títulos de su derecho el testamento de su padre y una sentencia

me:

Vistos los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria y el 1.641 la ley de Enjuiciamiento civil;

Visto el Real decreto de 20 de Mayo de 1878;

Vistas las Resoluciones de 3 de Agosto de 1864, 31 de Mayo de 1865, 9 de Julio de 1868, 30 de Noviembre de 1871, 18 de Diciembre de 1878 y 16 de Febrero de 1882:

Considerando que la cuestión de si es inscribible la posesión á virtud de auto dictado en interdicto de adquirir no ha sido juzgada siempre con el mismo criterio por este Centro, pues si bien las Resoluciones de 3 de Agosto de 1864 y 31 de Mayo de 1865 declaran que la posesión no puede inscribirse más que del modo que previene la ley Hipotecaria en su tít. XIV, en cambio las de 9 de Julio de 1868 y 30 de Noviembre de 1871 sientan resueltamente la doctrina de que el auto que recae en un interdicto de adquirir es un título inscribible:

Considerando que el Real decreto de 20 de Mayo de 1878 no puede influir en ningún sentido en la decisión de esa cuestión, pues aunque dice en su art. 3.° que el propietario que carezca «de título escrito *sólo* podrá justificar la posesión, para el efecto de inscribir su derecho, por medio del oportuno expediente instruído con sujeción á los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria», no hay que olvidar que ese decreto vino á facilitar el cumplimiento de la ley de 17 de Julio de 1877, que había derogado los artículos 400 y 401 de la ley Hipotecaria, por lo cual el adverbio *sólo* usado en el decreto tiene la sencilla explicación de que ya no existe más que un procedimiento para inscribir la posesión, en vez de los dos que estableciera la ley de 1869; pero de modo alguno el alcance de que no hay más título para la posesión que el de la información posesoria, tramitada con sujeción á los artículos 397 y 398, ya que de otra suerte habría que concluir lógicamente que no están en vigor otros procedimientos para inscribir la posesión como el del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864 y el del art. 407 de la ley Hipotecaria:

Considerando que tampoco la Resolución de 16 de Febrero de 1882 puede invocarse como argumento de autoridad al decidir el problema planteado, en primer término, porque lo único que en ella se declaró fué que el art. 407 de la ley Hipotecaria establecía un procedimiento limitado á la inscripción de contratos privados anteriores á la publicación de la ley; y además, por dicha Resolución confirma la precedente explicación del Real decreto de 1878 al reconocer que, aun después de éste, y no obstante el adverbio *sólo*, el propietario que tenga á su favor un con-

privado anterior á 1.° de Enero de 1863, podrá inscribir su posesión mediante los trámites del citado art. 407:

Considerando que la Resolución de 18 de Diciembre de 1878, declaratoria de que la sentencia definitiva recaída en un interdicto de adquirir no justifica el dominio, pero sirve para probar que una determinada finca se halla comprendida en un mayorazgo, cuyo título fundacional no expresa ó señala individualmente los bienes, no aporta razón alguna favorable ó adversa á la inscripción de la posesión acreditada en un interdicto de adquirir:

Considerando que, por lo expuesto, al resolver hoy este recurso, las únicas Resoluciones que hay que consultar son las cuatro citadas en el primer considerando, y, por ende, es fuerza elegir entre las dos opuestas tendencias que las separan, la que ostente mejores títulos ante el derecho constituído y ante la justicia:

Considerando que aun en el supuesto muy dudoso de ser concerniente la Resolución de 3 de Agosto de 1864 á la posesión declarada en un interdicto de adquirir, sus fundamentos, así como los de la Resolución de 31 de Mayo de 1865, quedan reducidos á estos dos: primero, que los interdictos no declaran el derecho, sino el hecho posesorio; y segundo, que sólo es inscribible aquella posesión, acreditada mediante la información que establece el título XIV de la ley Hipotecaria:

Considerando que de esos dos argumentos, el primero carece de fuerza por ser siempre la posesión cuando está disgregada del dominio—y así hay que estimarla, ora la acredite un interdicto, ora la pruebe el expediente hipotecario,—un mero hecho generador de derechos, incluso el de propiedad; y en tal concepto, de ser valedero el argumento, equivaldría á negar en absoluto á la posesión todo acceso al Registro, y por ende, á borrar el tít. XIV de la ley:

Considerando que el otro argumento es en rigor una petición de principio, ya que para demostrar que la posesión declarada en un interdicto de adquirir no es inscribible, se acude á la afirmación de que sólo lo es aquella que acredita el expediente de la ley, y esto era precisamente lo que se debía probar, prueba que, á mayor fundamiento, resulta imposible ante el Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, y hoy, ante los de 21 de Julio de 1871 y 8 de Noviembre de 1875:

Considerando que esto último revela que nuestro derecho constituído tiene para inscribir la posesión diversos procedimientos, siendo uno de ellos el de los artículos 397 y 398 de la ley Hipotecaria, lo cual reduce la cuestión á investigar si cabe incluir entre dichos procedimientos el del interdicto de adquirir:

Considerando que no es dudosa la solución afirmativa, dado el categórico precepto del art 1.641 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que, pasados cuarenta días desde la fecha en que se hubiere insertado en el *Boletín* el auto recaído en un interdicto de adquirir sin que nadie lo haya impugnado, hay que amparar en la posesión al que la obtuvo, *y no se admitirá reclamación contra ella;* de donde se infiere que el artículo cierra el paso al juicio posesorio, y sólo admite el de propiedad; en otros términos: que para el legislador queda ya tan firme é incontrastable el hecho de la posesión, que no es posible respecto de él suscitar litis ó contienda judicial, eficacia que dista mucho de alcanzar la posesión acreditada é inscrita á virtud de la información que establece la ley Hipotecaria:

Considerando que posesión basada en un hecho que por lo que queda expuesto lleva impresa la sanción de la cosa juzgada, debe como ésta gozar la consideración de verdad legal, y en tal concepto negarla la garantía del Registro equivaldría á quebrantar el precepto del citado art. 1.641, y sobre todo á escatimar un requisito de forma á lo que es en esencia un hecho jurídico llamado á generar derechos que al tercero importa indudablemente conocer:

Considerando que si la posesión de que se trata, como hecho no consiente ni aun la posibilidad de un juicio posesorio, y como título ostenta el de una sentencia firme, como garantías de acierto en los trámites ó actuaciones que á su justificación conducen, ofrece tantas, por lo menos, como las del expediente hipotecario; esto sin contar con que la publicidad que hay que dar al auto recaído en el interdicto aleja el temor de futuras reinvindicaciones, y es causa de que la posesión sea más estable, deje menos dudas acerca de su legitimidad y merezca por ende recibir el sello de un archivo público:

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providen apelada. *(Gaceta* de 19 de Agosto de 1893.)

b) Posesión judicial.

Ley de Enjuiciamiento civil, libro III, tit. XIV.—De la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir.

Art. 2.056. Para que pueda decretarse la posesión judicial de una finca ó fincas que no se hayan adquirido por título hereditario, el que pretenda obtenerla la solicitará del Juez, acompañando:

1.° El título en que funde su pretensión, inscrito en el Registro de la propiedad.

2.° Una certificación expedida por el encargado de dicha dependencia, de la cual resulte que en aquella fecha el solicitante tiene, respecto á la finca ó fincas comprendidas en el título que presenta, y cuya posesión pida, el carácter con que la solicita.

Art. 2.057. El Juez examinará el título presentado, y si lo encontrara suficiente, dictará auto mandando dar la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

Art. 2.058. La posesión se dará por medio de un alguacil del Juzgado, asistido del actuario, en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás.

Art. 2.059. El que obtenga la posesión podrá designar los inquilinos, colonos ó administradores á quienes el actuario haya de requerir para que le reconozcan como poseedor.

Dicho funcionario extenderá diligencia del acto de la posesión y de los requerimientos que hubiese verificado

Art. 2.060. Si el que hubiere obtenido la posesión lo pidiere, se le dará testimonio del auto en que se le haya mandado dar, y de las diligencias practicadas para su cumplimiento.

En todo caso se le devolverá el título que hubiere presentado, quedando nota y recibo en autos.

3.° y 4.° (Art. 446.)

INTERDICTO DE RECOBRAR

a) Legislación procesal.

Sección segunda.—Del interdicto de retener ó de recobrar.

Art. 1.651. El interdicto de retener ó de recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión ó en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando haya sido ya despojado de dicha posesión ó tenencia.

Art. 1.652. En la demanda, de la que se acompañará copia en papel común, se ofrecerá información para acreditar:

1.° Hallarse el reclamante, ó su causante, en la posesión ó en la tenencia de la cosa.

2.° Que ha sido inquietado ó perturbado en ella, ó tiene fundados motivos para creer que lo será, ó que ha sido despojado de dicha posesión ó tenencia, expresando con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación, el conato de perpetrarla ó el despojo, y manifestando si los ejecutó la persona contra quien se dirige la acción, ú otra por orden de ésta.

Art. 1.653. El Juez admitirá la demanda y acordará recibir la información si aparece presentada aquélla antes de haber transcurrido un año, á contar desde el acto que la ocasione.

Si se presentare después, declarará no haber lugar á su admisión, reservando al que la haya presentado la acción que pueda corresponderle para que la ejercite en el juicio que fuera procedente.

Este auto será apelable en ambos efectos, y admitida la apelación se remitirán los autos al Tribunal superior, con emplazamiento sólo del que haya promovido el interdicto.

Art. 1.654. Si de la información resultaren comprobados los dos extremos expresados en el art. 1.652, mandará el Juez convocar á las partes á juicio verbal, para cuya celebración señala día y hora, dentro de los ocho siguientes, debiendo mediar ti días por lo menos entre el juicio y la citación del demandadc quien será entregada, al citarlo, la copia de la demanda.

Art. 1.655. No se admitirá al demandado escrito alguno cuyo objeto sea impugnar la demanda, ni pretensión que dilate la celebración del juicio.

Art. 1.656. Para la celebración del juicio verbal se observará lo prevenido en los artículos 1.644 y siguientes, llevándolo á efecto aunque no concurra el demandado.

Sólo se admitirán las pruebas que se refieran á los dos extremos expresados en el art. 1.652, repeliendo el Juez, bajo su responsabilidad, las que no se concreten á este objeto.

Art. 1.657. En el día siguiente al de la terminación del juicio, el Juez dictará sentencia declarando haber lugar ó no al interdicto. Si lo negare, condenará en las costas al demandante.

Esta sentencia será apelable en ambos efectos

Art. 1.658. En la sentencia que declare haber lugar al interdicto por haber sido inquietado ó perturbado el demandante en la posesión ó en la tenencia, ó por tener fundados motivos para creer que lo será, se mandará mantenerle en la posesión y requerir al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos ú otros que manifiesten el mismo propósito, bajo el apercibimiento que corresponda con arreglo á derecho, y se impondrán todas las costas al demandado.

En la sentencia que declare haber lugar al interdicto por haber sido despojado el demandante de la posesión ó de la tenencia, se acordará que inmediatamente se le reponga en ella, y se condenará al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios y devolución de los frutos que hubiere percibido.

En uno y otro caso la sentencia contendrá la fórmula de *sin perjuicio de tercero*, y se reservará á las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad ó sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.

Art. 1.659. Contra la sentencia que declare haber lugar al interdicto, la apelación será admitida en ambos efectos, después de practicadas las actuaciones que para mantener ó reponer al demandante en la posesión se hubieren acordado; aplazando la ejecución de los demás extremos relativos á costas y devolución de frutos, daños y perjuicios, para después que haya adquirido dicha sentencia el carácter de firme.

Art. 1.660. Si la sentencia que declare haber lugar al interdicto fuere confirmada por el Tribunal superior, devueltos que

fueren los autos al Juzgado, se procederá inmediatamente á cumplirla en los extremos cuya ejecución estuviere aplazada.

Si la sentencia que otorgare ó negare el interdicto fuere revocada, se cumplirá, según sus términos, la del Tribunal superior.

Art. 1.661. Las costas se tasarán en la forma ordinaria.

El importe de los daños y perjuicios y el de los frutos lo fijará el Juez sin ulterior recurso, por el procedimiento prevenido en el artículo 1.649.

Para hacer efectivas estas condenas, después de liquidado su importe, se procederá por la vía de apremio establecida para el juicio ejecutivo.

Art. 1.662. Á las partes que lo solicitaren se devolverán bajo recibo los documentos que hubieren presentado, quedando en autos nota expresiva de su fecha, de los otorgantes y de su objeto, y si fueren públicos, del archivo en que se hallan los originales.

b) Jurisprudencia civil.

Sentencia de 3 de Abril de 1884. — Tenencia ú ocupación material: procedencia del interdicto á favor del que goza de ella.

En la villa y Corte de Madrid, á 3 de Abril de 1884, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Betanzos por D. Andrés Fernández Conceiro y su mujer Doña Josefa Arcen, labradores, vecinos de Santa María de Dordaño, representados y defendidos en este Tribunal Supremo por el Procurador D. Hilario Dago y el Licenciado D. Francisco Javier Cabañas, con D. Ignacio Conceiro, que no ha comparecido, sobre derecho á cultivar un terreno y nulidad de un interdicto:

Resultando que en 12 de Agosto de 1880, D. Ignacio Conceiro López propuso interdicto de recobrar la posesión sin audiencia contra Doña Josefa Arcen Vázquez, fundado en que el D. Ignacio se hallaba hacía algunos años en la posesión quieta y p fica de una finca labradío al sitio de La Cortina, para cuyo vicio el actor y sus causantes desde tiempo inmemorial esta en la posesión de pasar con carro por otra inmediata propie

de la Josefa y su marido, y que la última, al hacer la siembra del maíz en Mayo anterior, redujo á cultivo el camino y colocó á trechos algunas estacas de pino, viniendo á hacer imposible la servidumbre, haciendo de esta manera imposible el paso, con lo cual constituyó un verdadero despojo en la posesión indicada; que presentados tres testigos como información de los hechos, convinieron en los mismos; que en 2 de Septiembre siguiente se dictó sentencia restitutoria con las consiguientes declaraciones, y al ejecutar la restitución se consignó en la diligencia que el camino servidumbre desde la esquina de la casa de la Josefa hasta una distancia de 20 pasos, donde, según está, empezaba la estacada, estaba perfectamente duro y cubierto de campo antiguo, y desde dicho punto hasta más de otros 20 pasos hacia abajo se reconoció el camino cultivado con cañas de maíz recién cortadas por la querellada, según dijo, algunas de las cuales se encontraban á una distancia de tres cuartas del cuadrón ó muro de sostenimiento de la finca de los herederos de Antonio Balado:

Resultando que en 12 de Noviembre de 1880 D. Andrés Fernández Conceiro, como representante legal de su esposa Doña Josefa Arcen, dedujo demanda ordinaria por acción personal, pidiendo se declarase en definitiva el derecho en que se hallaba de cultivar el predio sirviente á pesar de la servidumbre de carrera, y en todo caso dejar sin efecto la sentencia de 2 de Septiembre dictada en el interdicto, condenando á D. Ignacio Conceiro en todas las costas, á la devolución de 591 pesetas 50 céntimos que eran las de aquél y otras 30 que importaron los daños, con más el 6 por 100 de dichas cantidades desde la fecha de la entrega por razón de perjuicios, fundándose en no ser cierto que D. Ignacio Conceiro estuviera en posesión de la finca descrita en la querella de despojo por espacio de algunos años, pues que pertenecía á sus padres ó abuelo y lo llevaron en arriendo otros sujetos hasta Septiembre de 1878, y sólo desde entonces la cultivó el D. Ignacio de orden de sus padres; que los propietarios de dichas fincas y sus cultivadores pasaban con el carro por una finca que los demandantes Andrés Fernández y su mujer tenían contigua por la época de la siembra para llevar los abonos, sirviéndose de otra en las demás ocasiones, la cual era propiedad de Antonio López Otero; que los demandantes y sus causantes cultivaron siempre de tiempo inmemorial el terreno por donde pasaba el carro hasta

un terreno de á pie confinante con el mismo, lo cual no era obstáculo para que hicieran uso de la servidumbre; que las estacas de pino de que habla en la querella fueron colocadas en el mes de Mayo y las mismas se habían puesto todos los años en el propio sitio para sostenimiento de las cañas de maíz; pero dejaban sitio suficiente para el paso del carro, como los demandantes lo observaron al pasar en Septiembre con el suyo; y que ni la finca objeto del interdicto puede producir de utilidad 30 pesetas, ni era cierto que no podía servirse por otra; y después de alegar varios fundamentos de derecho, pideron se dejara sin efecto el auto dictado en el interdicto y condenar al querellante al reintegro de las costas, así como á resarcir el daño ó menoscabo sufrido, citando al efecto las leyes 3.ª, tít. VI, Partida 5.ª; 3.ª, tít. XV, Partida 7.ª, y sentencias de este Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1866, 7 de Abril de 1868 y 27 de Mayo de 1867:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Ignacio Conceiro, lo evacuó pidiendo la absolución, perpetuo silencio y costas del contrario, para lo que expuso que se hallaba hacía algunos años en la posesión quieta y pacífica de la finca ó labradío al sitio La Costanilla, que era propiedad de su madre Andrea López, en cuya casa y compañía vivía, para servicio de la cual él y sus causantes tenían derecho á pasar con carro y servidumbre de carrera por sobre otra de los demandantes al Este de la primera; que al hacer Josefa Arcén en Mayo de 1880 la siembra del maíz, redujo á cultivo el mencionado camino de carro, en el que puso también patatas, según constaba de la diligencia de reposición practicada en el interdicto, y por resultado de la siembra de maíz y patatas y colocación de estacas á trechos en dicho camino, desapareció la servidumbre de carrera reconocida por la parte actora en el propio escrito de demanda; y que el mismo patrono de los demandantes fué el que valoró, si bien sólo en 10 pesetas, los daños y perjuicios ocasionados por el despojo, y negó el ejercicio del derecho de colocar las estacas:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron las partes en sus respectivas pretensiones, y practicadas las pruebas propuestas por aquéllas, el Juez dictó sentencia absolviendo á D. Ignacio Conceiro López de la demanda entablada contra el mismo por Andrés Fernández y su mujer, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que la Sala de lo civil de la Audiencia de La Coruña dictó en 27 de Octubre de 1883, por parte de D. Andrés Fernández Conceiro y su esposa Doña Josefa Arcén Vázquez se interpuso recurso de casación, por haberse, en su concepto, infringido:

El art. 729 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, vigente para este pleito, en su párrafo primero, y el 726 de la misma, por los que se exige para que haya lugar al interdicto de recobrar se compruebe está en posesión ó tenencia de la cosa que dice ha sido despojado el que le establece; la doctrina legal sentada por la sentencia de 27 de Mayo de 1876, de que si bien puede proponerse el interdicto de despojo por el nuevo tenedor de la cosa, es de su cuenta y riesgo responder oportunamente de haber obrado sin la fuerza de un derecho capaz de hacerse valedero en el juicio contradictorio que subsigue, ó al menos con las condiciones que escudan al que posee con arreglo á la ley 3.ª, tít. VIII, libro XI de la Novísima Recopilación, ó sea por un año y un día con título y buena fe, que eso dice la citada; y por la de 16 de Marzo de 1878, que establece que, según la doctrina admitida por la jurisprudencia, no pueden prevalecer en el juicio ordinario, reservado á las partes después del interdicto de recobrar, los efectos de un acto restitutorio en favor de persona que antes no tenia la posesión civil ó natural de la cosa que se ha supuesto despojado, consistiendo la infracción de esta ley y doctrina en declararse en la sentencia recurrida debe prevalecer el auto restitutorio que se dictó en favor del D. Ignacio Conceiro, siendo así que éste no tenía la posesión civil ó natural del predio dominante ni de la servidumbre:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que con arreglo al art. 724 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 que se invoca en el recurso, el interdicto de recobrar no sólo compete á los que tienen la posesión jurídica, sino también á los que se hallan en la *tenencia* de la cosa, ó lo que es lo mismo, en la simple ocupación actual y corporal de e con derecho ó sin él, como claramente lo demuestra el texto d icho artículo al emplear las palabras *posesión* ó *tenencia*, que t : distinta significación en el lenguaje forense y en el común:

Considerando que consignados como ciertos en la sentencia

los hechos de que el demandado estaba en la tenencia de la tierra objeto del interdicto, porque venía cultivándola hacía más de dos años á aquella fecha; que á favor de dicha finca estaba constituída la servidumbre de carretera, y que fué interrumpida por el demandante en el libre y franco uso de dicha servidumbre; la sentencia recurrida, al absolver al demandado de la demanda objeto del presente pleito, no infringe los artículos 724 y 726 que se invocan en el recurso, ni las doctrinas consignadas en las sentencias de este Tribunal Supremo que en él además se citan, por inaplicables á este caso; pues en él, como se ha dicho, consta comprobada la existencia del despojo:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Don Andrés Fernández Conceiro y su esposa Doña Josefa Arcén Vázquez, á quien condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debieron depositar, la que caso de hacerse efectiva, si mejorasen de fortuna, se distribuirá con arreglo á la ley; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de La Coruña, con devolución del apuntamiento. (*Gaceta* del 2 de Septiembre de 1884).

Sentencia de 14 de Octubre de 1890.—Procedencia del interdicto sólo á favor del poseedor de año y día, con buena fe y justo título.—Juicio plenario posterior al interdicto sobre la posesión ó la propiedad.

En la villa y Corte de Madrid, á 14 de Octubre de 1890, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Torrijos y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta Corte por D. Pablo Gómez y Gómez, propietario, vecino de la villa de Portillo, por sí y como marido de Doña María de las Mercedes Martín y García de la Jara, representados por el Procurador D. Julián Hernández García, y defendidos por el Doctor D. Antonio Domínguez Alfonso, con D. Mariano García Maroto, propietario, de la misma vecindad, y en su nombre el Pr[illegible]dor D. Ruperto de Diego, bajo la dirección del Letrado D. [illegible]cisco Javier del Mercado, sobre posesión de una finca:

Resultando que D. Mariano García Maroto dedujo en [illegible]

Marzo de 1887 en el Juzgado de primera instancia de Torrijos, interdicto de recobrar la posesión de una tierra de caber como media fanega al sitio de la Monja, término municipal de la villa de Portillo, lindante por Oeste con tierra de herederos de Canuto Nombela; Norte, otra de la difunta esposa de Mariano Díaz Guerra; Mediodía, tierra de la capellanía de Fuensalida, y Poniente, otra que cultivaba Pablo Gómez, de la cual se hallaba en posesión; habiéndola barbechado en el año de 1884 á 85, sembrado y recolectado en el de 1885 á 1886, y sembrado de habas en Octubre de este último año, y que dicho sembrado, que en Febrero de 1887 gozaba lozanía y robustez, había sido arado con dos rejas por Felipe Merchán, criado de labranza de Pablo Gómez y Gómez, con mulas de la propiedad de éste, y sin duda alguna por su orden:

Resultando que suministrada información testifical sobre estos hechos en el acto del juicio verbal, suministró la parte demandada prueba de testigos, que fueron repreguntados de contrario, articulándose por uno y otro que D. Valentín García de la Jara, tío carnal de Mercedes Martín García de la Jara, mujer de Pablo Gómez y Gómez, había disfrutado sin pagar merced todas las fincas que correspondieron á su dicha sobrina por herencia de su abuela Olalla Díaz Guerra, madre de D. Valentín, desde la defunción de ésta hasta Santa María de Agosto de 1886; que el D. Valentín se las entregó á Pablo Gómez y Gómez como representante legal de su dicha sobrina; habiendo disfrutado á la vez de las de la hermana de ésta, Victoria, hasta que se casó con Mariano García Maroto; que como una de dichas fincas heredadas por la Mercedes de su abuela, había disfrutado media fanega de tierra al sitio de la Monja en la jurisdicción del Portillo con los linderos referidos, existiendo entre las tierras de la Victoria la otra media fanega que formaba una sola finca, que se dividió por el Valentín al casar de mulero Mariano García Maroto, por tener convenido contraer segundo matrimonio; que el Mariano había sido mulero muchos años de D. Valentín, y como tal cultivado todas las tierras de su propiedad, y entre ellas la referida, s no estaba dividida; que Pablo Gómez y Gómez disfrutaba icamente en el sitio de la Monja media fanega de tierra de la ›piedad de su esposa Mercedes, y Mariano García Maroto, en mismo sitio, sola y únicamente media fanega de tierra de la

propiedad de su hijo Jesús García Maroto, adquirida por herencia de su madre Victoria Martín y García de la Jara; que el día 3 de Junio de 1886, de orden de Pablo Gómez, marido de Mercedes Martín, fué medida por un perito agrimensor, sin oposición de nadie, la citada finca de caber media fanega de tierra, estando toda ella sembrada de trigo; que cuando supo Pablo Gómez que Mariano García Maroto había sembrado de habas la tierra de propiedad de su esposa, le mandó dos recados con su mulero, diciéndole cómo se había propasado á sembrar las habas en la tierra de su mujer, preguntándole las que había gastado para remitírselas á fin de que quedara por suya la siembra; á lo que contestó que si quería ararlas que las arase, y si no que sembrara de guisantes la parte de su hijo Jesús; que por orden de Pablo Gómez aró su mulero la media fanega de tierra que en tal sitio tenía su esposa Mercedes, hallándose la otra media fanega de tierra arada por el mismo mulero sin orden de nadie, por la creencia de que, como cuñados, Mariano y Pablo se arreglarían:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia en 30 de Junio de 1887, que fué consentida por las partes, declarando haber lugar al interdicto de recobrar la posesión de la finca expresada, con las costas, daños y perjuicios, entendiéndose sin perjuicio de tercero y reservando á las partes su derecho, sobre la propiedad ó sobre la posesión definitiva, que podrían utilizar en el juicio correspondiente; habiéndose dado en 7 de Julio siguiente á García Maroto posesión de la finca, y regulándose en 77 pesetas 50 céntimos los perjuicios causados al demandante, á quien se entregaron, así como la cantidad de 1.100 pesetas y 90 céntimos á que ascendieron las costas:

Resultando que acompañando un testimonio relativo á la partición de bienes de Olalla Díaz Guerra, en la que se adjudicó á su nieta Mercedes Martín la mitad de la tierra referida con los linderos que se expresan, dedujo D. Pablo Gómez y Gómez, por sí y como marido de Doña Mercedes, en 13 de Mayo de 1888, la demanda objeto de estos autos, en la que, ejerciendo las acciones peritoria y posesoria, pidió: primero, que se declarase que Doña Mercedes Martín y García de la Jara era señora y poseedor título inscrito de herencia de su abuela Olalla Díaz Guerr una finca rústica de media fanega de tierra, titulada la M en término de Portillo, con los linderos referidos; segund

se declarase sin efecto la sentencia interdicta por consecuencia de la cual se declaró haber lugar á recobrar la posesión de la referida media fanega de tierra, con las costas, daños y perjuicios, toda vez que semejante interdicto se había interpuesto fuera de toda razón derecha, sin título ni buena fe; tercero, que se condenase á D. Mariano García Maroto á devolver á la demandante la posesión que obtuvo en el interdicto, de la citada finca de media fanega de tierra, requiriéndole para que se abstuviera en lo sucesivo de perturbarla; cuarto, que se le condenase asimismo al pago por vía de indemnización de las cantidades que le fueron entregadas por costas, daños y perjuicios y todos los demás menoscabos y frutos producidos y podidos producir y los que se irrogasen hasta que se verificase la restitución y quedase la demandante en la pacífica posesión de la finca, y quinto, que se le condenase de la misma manera al pago de todas las costas y gastos del juicio:

Resultando que D. Mariano García Maroto impugnó la demanda, y fundado en que habiéndose practicado la división de la tierra en cuestión sin intervención de los representantes de los dueños, debía practicarse de nuevo con dicha intervención; que la sentencia interdicta fué justa, puesto que se probaron la posesión y el despojo; y que nadie podía tomarse la justicia por su mano, pidió se declarase justa, legal y procedente la sentencia interdicta, como el pago de costas, daños y perjuicios hecho por la parte demandante, y de propiedad de cada una de las partes la mitad, ó sea media fanega de tierra de la titulada Monja; y que al efecto y con su citación se midiera y dividiera por iguales partes, adjudicándose á cada una lo que, con arreglo á su designación y linderos que constaban de sus respectivas adjudicaciones, aparecía; todo con imposición de costas á la parte demandante:

Resultando que suministradas pruebas por uno y otro litigante, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta Corte dictó sentencia en 27 de Noviembre de 1889, que no fué conforme con la del Juez de primera instancia, declarando que Doña Mercedes Martín y García la Jara es dueña por título inscrito, y como heredera de su abuela Doña Olalla Díaz Guerra, de la media fanega de tierra al sitio de la Monja, término de Portillo, lindante por Oeste con

tierras de herederos de Canuto Nombela; por Mediodía con tierra adjudicada en la misma testamentaría de Doña Olalla á Doña Victoria Martín García de la Jara, hoy del hijo de ésta Jesús García Maroto y Martín; por Poniente con otra de los herederos de la mujer de Mariano Díaz Guerra, y por Norte con la de los herederos de D. Manuel Álvarez, y que debe quedar sin eficacia en cuanto á la posesión en ella reconocida, la sentencia dictada en 30 de Junio de 1887 en el juicio de interdicto promovido por Mariano García Maroto contra Pablo Gómez, en virtud de la cual venía poseyendo aquélla la mencionada finca, condenando, por tanto, al citado Mariano García Maroto á restituir en el plazo de cinco días á Pablo Gómez, en representación de su mujer María de las Mercedes Martín, la antecitada media fanega de tierra con los frutos producidos por la misma desde que se llevó á efecto la sentencia de interdicto, absteniéndose en lo sucesivo de perturbarle en la posesión de dicha finca; declarando igualmente que no es procedente la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia de Torrijos en 30 de Junio de 1887, como tal sentencia de interdicto, absolviendo, por tanto, al antedicho Mariano García Maroto de las restantes pretensiones de la demanda, imponiéndole la mitad de las costas causadas á su contrario en la primera instancia, y declarando las restantes á cargo de cada una de las partes respectivamente:

Resultando que D. Pablo Gómez y Gómez ha interpuesto recurso de casación, alegando como fundamentos del mismo:

1.° Que se han infringido la ley 3.ª, tít. VIII, libro XI de la Novísima Recopilación, que sólo ampara en la posesión de la cosa á los que la hubiesen tenido año y día con buena fe y título, y la doctrina establecida de conformidad con esta misma ley por la sentencia de este Supremo Tribunal de 27 de Mayo de 1876, toda vez que la sentencia amparaba al que no poseía ni año y día, ni con buena fe y sin título, ni ninguno de los tres requisitos, convalidaba el efecto de los recursos legales sumarísimos utilizados para recobrar la supuesta posesión, otorgándoles algún efecto legal definitivo, cual era el de la imposición de costas del juicio sumario establecida por la ley en beneficio de verdadero poseedor, y no amparaba á éste, que era el recurrente, al limitar eficacia y consecuencia de su dominio y posesión, desde el mento en que prevalecía definitiva, aunque parcialmente, la

dena que por acto posesorio legítimo le fué impuesta, suponiéndole despojante, y en el supuesto contrario á la verdad, y según declaración de la misma Sala, malicioso por parte del autor del interdicto de que el recurrente no era poseedor y sí despojante de la posesión:

2.° Que se han infringido las leyes 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10, 11 y 13, tít. XXX de la Partida 3.ª, de las cuales se desprende la doctrina de que quien goza en una cosa de la tenencia derecha usó de un derecho perfecto, y á nadie causa daño ni despojo al hacer de ella lo que á bien tuviere, por lo cual, cuanto hizo el recurrido contra derecho sin título legal y falta de tenencia, y aun cuando ésta existiera por tiempo insuficiente ó de modo precario, no podía perjudicar al legítimo poseedor, lo cual sucedería si el recurrente no pudiese recobrar las 1.000 y pico de pesetas á que ascendían las costas que le ocasionó García Maroto con su interdicto, siendo así que el perjuicio que éste suponía recibido importaba 77 pesetas; infringiéndose igualmente la doctrina y jurisprudencia establecida conforme á estas leyes en la sentencia de este Supremo Tribunal de 10 de Junio de 1885, doctrina de tanta más vigorosa aplicación cuando, como en este caso, no aparecía apreciado por la Sala que tuviese ninguna posesión, y se juzgaba fingida la que ostentaba el supuesto despojado y malicioso su proceder, fundado en posesión precaria anterior y ya perdida:

3.° Y que al dar la sentencia carácter definitivo á la declaración sobre costas del interdicto, infringe el concepto jurídico de los interdictos y doctrina fundada en su naturaleza procesal, de que así como el procedimiento ejecutivo no termina por ninguna sentencia que declara derecho alguno con carácter definitivo, teniendo carácter provisional y no constituyendo la materia resuelta cosa juzgada, concepto jurídico emanado de todos los artículos comprendidos bajo el epígrafe de interdictos en el título XX del libro II de la ley de Enjuiciamiento civil, el art. 1.658 de la misma, que impone para mayor garantía de observancia de esta doctrina, que en la sentencia se haga constar la expresa reservada á las partes del derecho que puedan tener, no sólo re la propiedad, sino sobre la posesión, para que puedan utilo en el juicio correspondiente, lo cual suponía nuevo juicio mayor amplitud sobre la legitimidad del acto del despojo y e la procedencia de la demanda y de las costas, que eran, á

la par que parte integrante de la misma, la consecuencia inseparable de aquélla, relación y consecuencia que desconocía la sentencia: el art. 1.694 de la misma ley, en su núm. 3.°, que declara que en los juicios posesorios el nuevo juicio á que se refieren el art. 1.658 y otros, versa sobre el mismo objeto que aquéllos tuvieran, lo cual impedía excluir del nuevo juicio nada que fuese objeto de la demanda que originó el primero, ni de la sentencia que le puso término; la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en todas las sentencias citadas en este recurso y en multitud innumerable de ellas, tales como las de 13 de Abril de 1875 y 8 de Julio de 1885, de conformidad con todos los textos legales citados; y hasta en cuanto se fundaba el fallo en un accidente del procedimiento, cual era el no haberse apelado de la sentencia de interdicto, suponiendo que por esto se consintió y no cabía reclamarse las costas en juicio ordinario, siendo así que para acceder á todo lo demás, contrario á lo que mandaba la sentencia de interdicto, no se hacía igual consideración, se infringe la doctrina declarada por este Tribunal en sentencia de 22 de Enero de 1883, en que se expresa que los efectos de la sentencia restitutoria consentida por las partes, únicamente pueden invalidarse haciendo uso en el juicio ordinario correspondiente del derecho que pueda tener el despojante:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que los artículos 1.658 y 1.694, núm. 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil, y la jurisprudencia constante de este Tribunal, establecen que sobre todo lo resuelto en las sentencias de interdicto cabe discusión más amplia y resolución definitiva en juicio plenario posterior sobre la propiedad ó posesión:

Considerando que la posesión y la tenencia derecha no se ganan por fuerza ni por hurto, ni por precario, que sólo debe ser amparado en ellas quien las haya con título y buena fe y por tiempo de año y día, á tenor de la ley 3.ª, tít. VIII, libro XI de la Novísima Recopilación; y que cuando no concurren estos elementos, puede el dueño cobrar la posesión, según dispone la ley 10 del tít. XXX de la Partida 3.ª:

Considerando que la sentencia recurrida, que á pesar de declarar que la media fanega de sitio de La Monja, que linda Mediodía con otra de Doña Victoria Martín, es del dominio Doña Mercedes Martín; que esto era notorio á Mariano C-

Maroto, que venía labrando dicha tierra, como otras de la misma procedencia, por ser mulero de la casa; y que García Maroto entabló el interdicto sin tener la posesión y careciendo de buena fe, absuelve de la demanda en cuanto á la devolución de lo entregado por costas, daños y perjuicios en el interdicto, y del pago de los menoscabos y de los frutos producidos y debidos producir hasta que se verifique la restitución de la finca; infringe las disposiciones legales citadas en el concepto de dar valor definitivo á una parte de las sentencias de interdicto y conceder los beneficios del amparo de la posesión en perjuicio del dueño, á lo que se declara ser una intrusión sin título ni buena fe;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pablo Gómez y Gómez, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 27 de Noviembre del año último dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta Corte, en cuanto por ella se absuelve á D. Mariano García Maroto de las pretensiones de la demanda relativas á la devolución de las cantidades entregadas por costas, daños y perjuicios en el interdicto, y de la indemnización de las costas y de los menoscabos y de los frutos producidos y podidos producir hasta que se verifique la restitución. (*Gaceta* de 6 de Noviembre de 1890.)

Sentencia de 3 de Enero de 1893.—Nulidad de la sentencia dictada en el interdicto para mantener á un particular en el carácter de socio por la recaída en el juicio plenario declarativa de la inexistencia de la Sociedad.

En la villa y Corte de Madrid, á 3 de Enero de 1893, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma, por D. Domingo Bernáldez y Martínez, de esta vecindad y comercio, representado por el Procurador D. Daniel Doze, y defendido por escrito por el Doctor Don ermán Gamazo, y en el acto de la vista por el Letrado D Manuel arcía Prieto, con D. Tiburcio Bernáldez y Martínez y D. Salusno Bernáldez y Olave, de la misma profesión y vecindad, y en i nombre el Procurador D. Luis Lumbreras bajo la dirección

del Licenciado D. Francisco Silvela, sobre otorgamiento de una escritura:

Resultando que los hermanos D. Tiburcio y D. Domingo Bernáldez y Martínez suscribieron un documento privado con fecha en esta Corte á 30 de Julio de 1873, en el que convinieron: primero, que se reunían en Sociedad regular colectiva bajo la razón de Tiburcio Bernáldez y Hermanos, con domicilio en esta Corte, para dedicarse al comercio de paños y otros géneros y confección de prendas para vestir; segundo, que la dirección y administración estaría á cargo exclusivo del socio D. Tiburcio, y sólo en su ausencia ó enfermedad podría el socio D. Domingo, con las instrucciones que recibiera de aquél, hacerse cargo de la dirección y administración, haciendo uso de la firma social en aquellos negocios que eran objeto de la Sociedad; tercero, que D. Tiburcio aportaba 486.000 reales, juntamente con la propiedad del establecimiento, y D. Domingo 300.000, ó sea en junto 786.000 reales, suma que existía á la sazón en el establecimiento, calle de la Montera, núm. 2, distribuída en géneros y otros valores, según el balance cerrado en 30 de Junio de aquel año; cuarto, que la Sociedad duraría cinco años, contados desde 1.° de Julio de 1873; quinto, que no respondería nunca de las operaciones particulares de los socios; sexto, que llevaría los libros necesarios con las formalidades prevenidas por el Código de Comercio; séptimo, que ninguno de los socios podría tomar de los fondos sociales más de 2.000 reales mensuales para atender á sus gastos particulares, ni realizar ningún contrato ni distraer fondos para otros objetos que los consignados en la escritura, siendo el que contraviniese responsable con sus intereses al otro socio de los perjuicios que le causare; octavo, que mientras habitasen reunidos los dos socios, abonarían por mitad los gastos domésticos y los salarios de los dependientes, que serían siempre de cuenta de la Sociedad; noveno, que al fin de cada año, ó cuando los socios lo acordasen, se verificaría el inventario general, al pie del cual se anotarían las utilidades que á cada socio correspondiesen; décimo, que éstas y las pérdidas se dividirían, obteniendo D. Tiburcio en el primer año un 65 por 100, descendiendo en la proporción se indica hasta el último, que sería de 50, obteniendo D. mingo el resto; undécimo, que si al concluir los cinco año acordase la disolución social, se procedería á la liquidac

cada socio percibiría su haber en los géneros y valores que existieran en el establecimiento, quedando siempre D. Tiburcio con la propiedad del mismo, y si no le convenía la continuación de la Sociedad, abonaría á D. Domingo las dos terceras partes de su haber en la misma ó en metálico, y la otra en cuentas y existencias, y duodécimo, que las dudas y diferencias serían decididas por árbitros y arbitradores en la forma que establecieron:

Resultando que con fecha 1.° de Julio de 1878 se extendió otro documento, que aparece sólo suscrito por D. Domingo Bernáldez, en el que, haciendo referencia al que se ha referido, se dice que ambos hermanos habían convenido continuar dicha Sociedad bajo condiciones análogas á las referidas, si bien el capital sería de 100.000 pesetas por cada socio, que existían en el establecimiento en géneros y otros valores, según el balance cerrado en 30 de Junio de aquel año; que cada socio no podría separar más que 10.000 pesetas anuales, teniendo indistintamente á su cargo la administración, si bien D. Tiburcio dirigiría y daría á su hermano D. Domingo las instrucciones necesarias para todos los asuntos de la misma, siendo su duración de cinco años, contados desde 1.° de Julio de 1878 á 30 de Junio de 1883; que anualmente se formaría un balance, pero no se retirarían las utilidades, las cuales se acumularían al capital hasta la terminación de la Sociedad, que quedaría disuelta cuando lo pidiera por escrito cualquier socio; que las utilidades se distribuirían, obteniendo Don Tiburcio en el primer año el 45 por 100 y un 5 por 100 menos en cada uno de los sucesivos, hasta el último, que sería de 25, obteniendo D. Domingo en cada año el resto; que cada socio tendría abierta cuenta de las cantidades que tomase, percibiendo su haber al disolverse la Sociedad en los géneros y valores que resultasen de la liquidación final, quedando siempre D. Tiburcio con la propiedad del establecimiento, sito en la calle de la Montera, núm. 2, resolviéndose todas las diferencias por amigables componedores é incurriendo en la multa de 10.000 pesetas el que no se conformase con la sentencia arbitral:

Resultando que con la firma únicamente de D. Domingo Bernáldez y la fecha de 18 de Julio de 1878 se extendieron unas bases para la escritura de Sociedad colectiva regular Bernáldez Hermanos, que se dicen convenidas y aceptadas en 1.° de aquel mes por D. Tiburcio Bernáldez y Martínez y D. Salustiano Bernáldez

y Olave, con arreglo á las cuales se dice también que se extendió el borrador de la escritura que había de firmarse, y que D. Tiburcio debía conservar en su poder, consignándose en ellas: primero, que la Sociedad se establecía por cinco años, que empezarían el 1.° de Julio de 1878 y terminarían en 30 de Junio de 1883, bajo la razón social de Bernáldez Hermanos; segundo, que el socio fundador D. Tiburcio, sin aportar capital alguno efectivo más que la tienda, se reservaba la jefatura honorífica del establecimiento, y además percibiría por este hecho sobre todas las utilidades de la casa el 5 por 100 el primer año, el 4 el segundo, el 3 el tercero, el 2 el cuarto y el 1 el quinto; tercero, que la dirección del establecimiento y la firma estaría siempre á cargo del socio D. Domingo, y únicamente en ausencia ó enfermedades, y bajo sus instrucciones, podría llevar la representación y la firma el socio D. Salustiano; cuarto, que tendría la obligación de hacer los viajes que fuesen necesarios al extranjero y asistir al establecimiento las horas que se encontrase abierto; quinto, que los gastos de cada viaje no excederían de 1.250 pesetas; sexto, que el capital aportado era de 100.000 pesetas por el socio D. Domingo y otras 100.000 por D. Salustiano, existente en metálico, géneros y efectos; séptimo, que ningún socio podría disponer para sus gastos más que de 500 pesetas mensuales; octavo, que no sería responsable la Sociedad de ningún compromiso que no estuviese firmado por todos los socios: noveno, que las utilidades se distribuirían á D. Domingo en el primer año 45 por 100, 40 en el segundo, 35 en el tercero, 30 en el cuarto y en el quinto 25, y Don Salustiano el resto; décimo, que al dependiente Frutos Medel se le señalaba el sueldo anual de 1 500 pesetas, y además el interés sobre las utilidedes de un 6 por 100 en el primer año, un 7 en el segundo, un 8 en el tercero, un 9 en el cuarto y un 10 en el quinto; undécimo, que cualquier duda que se ocurriese, como cualquier asunto que no se hubiese previsto, se sometería á la decisión de jueces árbitros, y duodécimo, que la escritura que se otorgase se acomodaría en un todo á las prescripciones del Código de Comercio:

Resultando que con fecha 22 de Julio de 1888 dirigió D. Salustiano Bernáldez una carta, que ha reconocido en el juicio D. Juan Astudillo, en el que decía que debía estar ya toma las aguas de Panticosa, pero que no se iba hasta que dejara mada la escritura, rogándole por ello de todas veras que, aun

fuera haciendo un esfuerzo, hiciera el favor de mandarle el borrador de la escritura lo más pronto que le fuera posible:

Resultando que con fecha 8 de Junio de 1889 dirigió D. Tiburcio Bernáldez á su hermano D. Domingo una carta que le fué entregada por acta notarial en 8 de Julio, en la que, entre otras cosas, le decía que ya sabía el móvil que siempre le guió, que más bien que ser un socio fué el de darle una base, procurarle un porvenir y conseguir hacerle independiente, cuyo hecho quedaba demostrado con la reserva que en todos los contratos había hecho de quedar dueño del establecimiento, ó lo que era lo mismo, que jamás se desposeyó de su carácter de principal; y como quiera que desde 1.° de Junio le había comunicado que había terminado la Sociedad, le requería entonces para que quedase consignado que los negocios comerciales entre ambos habían terminado desde 30 de Junio anterior, para que no volviese á intervenir en la marcha de los negocios de la casa, para que entregase cuantos documentos y objetos tuviera en su poder y fueran de la propiedad de la casa y para que, en término de quince días, se hiciese cargo de lo que fuese suyo, pues de lo contrario lo depositaría en una casa de comercio:

Resultando que, en su virtud, D. Domingo Bernáldez y Martínez promovió en el Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de esta capital, contra su hermano D. Tiburcio, un juicio de interdicto de retener la posesión, manteniéndole en la de los derechos que le correspondían como socio por cinco años, que empezaron á regir en Julio de 1888 de la colectiva regular bajo la razón social de Bernáldez Hermanos, haciendo á D. Tiburcio las intimaciones legales para que en lo sucesivo, y durante los cuatro años que faltaban para la terminación del contrato de Sociedad, se abstuviera de inquietarle en ella, bajo los correspondientes apercibimientos; y practicadas en dicho juicio diferentes pruebas de posiciones y documentos, consistentes en testimonios de asientos de libros, balances y otros, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 19 de Septiembre de 1889, que fué consentida por las partes, declarando haber lugar al interdicto de retener los derechos de socio en la razón social Bernáldez Hermanos, D. Domingo Bernáldez, sin perjuicio de tercero, reservando á s partes el derecho que creyeran les asistía para ejercitarle en l juicio correspondiente; mandando en su consecuencia mante-

nerle en la posesión de tal socio y requerir á D. Tiburcio Bernáldez para que en lo sucesivo se abstuviera de cometer los actos ejecutados ú otros que manifestasen el mismo propósito, bajo el apercibimiento que correspondiese con arreglo á derecho, y condenándole además al pago de todas las costas:

Resultando que en 21 de Febrero dedujo D. Domingo Bernáldez y Martínez la demanda objeto de estos autos para que se condenase á D. Tiburcio Bernáldez y Martínez y á D. Salustiano Bernáldez y Olave á otorgar con el demandante la escritura social de la colectiva Bernáldez Hermanos, según los preceptos del Código de Comercio y del Código civil, con imposición á los demandados de todas las costas, alegando como fundamentos de derecho de su pretensión, después de consignar los hechos que quedan expresados, que todo contrato celebrado entre personas con capacidad legal para obligarse y cuyo objeto fuese lícito y moral, era obligatorio para las mismas, cualesquiera que fueran las formalidades externas que se hubiesen empleado en su celebración, con tal que reunieran las circunstancias que exigía el derecho y pudiera acreditarse de cualquier modo su existencia, que era lo que ocurría al convenio verbal celebrado en 1.° de Junio de 1888, y una vez comprobada su existencia producía desde luego derechos y obligaciones recíprocas entre los socios, tal y como lo determinaba el art. 117 del Código de Comercio; que desde que se justificaba la existencia de un contrato se presumía el consentimiento de las partes, y ninguna de ellas podía rehusar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, siendo de aplicación á este caso lo dispuesto en el art. 1.218 del Código civil; que aunque fuera una obligación ineludible en todo contrato de Sociedad lo establecido en el art. 119 del Código de Comercio, esto no obstaba para que perfeccionado por el consentimiento expreso de las personas que lo celebran puedan compelerse recíprocamente á llenar las formalidades que la ley exige á fin de que se hagan efectivas las obligaciones propias del mismo contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.279 del Código civil, por cuya razón D. Domingo podía compeler á los socios D. Tiburcio y D. Salustiano á que suscribiesen la escri social que garantizase los derechos é intereses de todos: q negativa de los demandados contraria á la ley y á los princi de la moral y el derecho, revelaba y argüía una mala fe r

fiesta, que bien pronto podría traducirse en perjuicios irreparables para D. Domingo si no se ponía un oportuno remedio que amparase é hiciese eficaces los derechos y obligaciones que del contrato mercantil y de Sociedad emanaban entre las personas que lo celebraron; que siendo la posesión de los derechos de socio de una Compañía mercantil, reconocidos por sentencia firme, el signo más marcado y la prueba más concluyente de la existencia de ese mismo derecho, era claro que no había necesidad de apelar á otros medios probatorios en demostración de que la Sociedad existía por convenio verbal, y que no por haberse faltado á los preceptos del Código de Comercio dejando de elevar el contrato á escritura pública é inscribiéndola en el Registro habían de perjudicarse los intereses de los socios, porque era principio de derecho que cualquiera que fuese la forma en que una persona constituye una obligación quede por ella obligada á lo mismo que se obligaron los que con ella contrataron, y con arreglo á este principio y á lo establecido en el Código civil, cualquiera que contrata con otro, siempre que demuestre la existencia del contrato, puede compelerle al cumplimiento de la obligación que contrae, y que al oponerse D. Tiburcio y D. Salustiano á elevar á escritura pública el contrato verbal celebrado con D. Domingo Bernáldez habían faltado á sabiendas y temerariamente al precepto del Código de Comercio, y por ello debían ser condenados en las costas:

Resultando que conferido traslado á los demandados D. Tiburcio y D. Salustiano Bernáldez, compareció á su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras y contestó á la demanda sólo á nombre del primero, alegando: que el contrato de 1878 que se formuló en un documento privado, no pasó de la categoría de proyecto de contrato, como lo demostraba el no estar firmado sino por un solo contratante y el no haberse elevado á escritura pública, como lo disponía el art. 284 del Código de Comercio, vigente en 1883; que aunque fuera cierto que se otorgara dicho documento privado, y aunque éste fuese la expresión de un pacto ó contrato perfecto y no un proyecto redactado y firmado con el fin ecabar el consentimiento y firma del otro interesado, tal doento carecería de eficacia para que por él se declarase y reciese la constitución de una Compañía mercantil colectiva, lo dispuesto en el art. 285 del Código de Comercio; que no

solamente había que llenar el requisito de la formalización de escritura para que pudiera entenderse constituída legítimamente la Sociedad Bernáldez Hermanos, sino que había de inscribirse en el Registro de comercio, según el art. 28 del expresado Código á la sazón vigente; que en este supuesto, ningún derecho podía ostentar como socio D. Domingo Bernáldez durante el tiempo transcurrido desde el principio de las operaciones en 1883, siendo de aplicación las sentencias de este Supremo Tribunal de 18 de Octubre de 1873 y 30 de Marzo de 1875; que aun dando al documento privado toda la validez y eficacia que las leyes y la jurisprudencia no le reconocían, habría que convenir en que era ésta la ley del contrato y la que debía decidir las cuestiones sobre su inteligencia, bastando leer la cláusula 11 del contrato de 30 de Julio de 1878, que era el que de prórroga en prórroga se consideró vigente y se invocó en el interdicto, y se hallaría que la Sociedad habría de quedar disuelta cuando lo pidiera por escrito alguno de los socios, cosa que había hecho D. Tiburcio meses antes de que su hermano entablase el interdicto, de modo que cuando quiso por éste retener, ya no tenía la cualidad de socio, y el interdicto no tuvo razón de ser; que evidenciada la insigne mala fe del demandante, tanto en este pleito como en el interdicto, y la injusticia de una sentencia que mandó retener en su condición de socio á quien nunca llegó á serlo, y si lo fué no lo era cuando entabló el interdicto, procedía que se dejase sin efecto dicha sentencia y se declarase que D. Domingo no era socio de la Sociedad Bernáldez Hermanos cuando dedujo aquella demanda, y que dada la naturaleza de aquel juicio, procedía que al dejar sin efecto la sentencia se impusieran á D. Domingo, tanto las costas del interdicto como las de este pleito; por todo lo cual terminó suplicando que se absolviese de la demanda á D. Tiburcio Bernáldez, con imposición de perpetuo silencio al demandante D. Domingo, y por reconvención, condenar á éste que consienta que se declare nula, de ningún valor ni efecto la sentencia que en 19 de Septiembre de 1889 dictó el Juzgado del Norte en el interdicto antes expresado, declarando que á la fecha de aquella demanda no tenía D. Domingo la cualidad de socio de la repe Sociedad, condenándole al pago de daños y perjuicios y al costas, tanto del interdicto como de este pleito:

Resultando que el demandante replicó reproduciendo lo

damentos de derecho de su demanda, que adicionó diciendo: que no ejercitándose en este pleito ninguno de los derechos de socio de una Compañía mercantil, porque precisamente se carecía de la escritura social, sino tratándose únicamente de la existencia de una Sociedad constituída con un fin lícito y honesto, que producía derechos y obligaciones entre los que voluntariamente la constituían, y del derecho á exigir que lo de este modo establecido se elevase á escritura pública, no podían tener aplicación al caso ninguna de las disposiciones citadas por el demandado; que si otras razones no hubiera para demostrar la necesidad de constituir legalmente la Sociedad Bernáldez Hermanos, lo sería el hecho que se llevó á cabo en la tienda el día 24 de Marzo de 1890, por medio del embargo preventivo llevado á cabo por el socio D. Salustiano contra D. Tiburcio, en bienes que no eran de la pertenencia de éste, hecho que no se hubiera realizado sin riesgo si hubiese existido la escritura; y que el derecho que asistía á cada uno de los socios de una Sociedad que se regía por convenio privado, para pedir su disolución, no podía entenderse más que en cuanto al que la pedía para retirar su capital y utilidades, pero de modo alguno como un medio de lanzar al socio que no lo hubiera solicitado ni le conviniera apartarse del negocio; que contestando á los fundamentos de la reconvención, expuso: que la sentencia de este Supremo Tribunal de 28 de Enero de 1868 prohibe tratar y discutir en la reconvención cuestiones que son objeto del pleito principal, y aquí ocurría que la reconvención propuesta por D. Tiburcio trataba precisamente de lo que era objeto de la demanda: que la sentencia del interdicto podría considerarse para D. Tiburcio como de carácter definitivo, puesto que ni apeló de ella ni promovió después el juicio declarativo correspondiente, ni había hecho otra cosa al verse demandado por D. Domingo que defenderse, atacando de nulidad, sin fundamento alguno, el indicado fallo, y como no era ésta la acción que conforme á derecho podía y debía ejercitar, era indudable que la sentencia del interdicto permanecía en pie, y por ...to que D. Tiburcio debía considerarla como cosa juzgada; que sentencias dictadas en los interdictos eran susceptibles de lación ó de discusión amplia por medio de un juicio declara- en que se litigase sobre la propiedad ó posesión definitiva de osa objeto de aquéllas, y como D. Tiburcio no utilizó ninguno

de esos dos medios, era improcedente la nulidad de la sentencia del interdicto que pretendía; que aunque tuviera el privilegio de poder apartarse de los trámites del procedimiento, escogiendo á su antojo la forma de discutir, aun en este caso, la reconvención tendría que desestimarse por carecer de fundamento, pues la sentencia no adolecía de ningún vicio de nulidad ó á lo menos no lo indicaba la parte de D. Tiburcio; que aun en todas las hipótesis expresadas, la reconvención no podía prosperar, por haberse ejercitado la acción de nulidad tardíamente, toda vez que la ley 1.ª, tít. XVIII, libro 11 de la Novísima Recopilación concede para su ejercio el plazo de sesenta días, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal así lo ha reconocido en diversas sentencias; y por todo ello reprodujo la súplica de la demanda, pidiendo se le absolviera de la reconvención, con imposición de todas las costas del litigio al demandado:

Resultando que suministradas por las partes extensas pruebas de posiciones, documentos y testigos, y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 5 de Marzo de 1892 sentencia revocatoria, absolviendo á D. Tiburcio y á D Salustiano Bernáldez de la demanda deducida por D. Domingo Bernáldez, dejando en su consecuencia sin efecto la sentencia dictada en el interdicto de recobrar como se pretendía en la reconvención, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Domingo Bernáldez ha interpuesto recurso de casación fundado en cuatro conceptos ó motivos, alegando:

1.º Que en el supuesto ciertamente inadmisible, de que la Sala sentenciadora, sin decirlo ni siquiera indicarlo, se hubiera propuesto desconocer el hecho de la Sociedad y la participación de capital y utilidades que cada uno de los tres litigantes tenía en la casa-sastrería que figuraba bajo la razón social Bernáldez Hermanos, habría cometido un manifiesto error de derecho en la apreciación de las pruebas, infringiendo las leyes que al efecto citó

2.º Que se han infringido los artículos 50, 51 y 117 del Código Mercantil moderno, 241, 284 y 285 del antiguo, y las leyes [illegible], título I, libro X de la *Novísima Recopilación*, y 1.ª, título X, [illegible]tida 5.ª, que completan y corroboran los anteriores textos [illegible]les, así como la jurisprudencia establecida por este Supr[illegible]

bunal en las sentencias de 5 de Octubre de 1885 y 10 de Noviembre de 1890, en cuanto la sentencia, menospreciando la voluntad expresa y reiteradamente declarada de los litigantes de asociarse bajo las condiciones establecidas para explotar con la razón social Bernáldez Hermanos, la industria de sastrería, eximía á los demandados de la obligación de otorgar la escritura, que era medio necesario para realizar dentro de la ley todos los fines de su convenio, por la única razón de que no se hizo antes de la demanda, lo que era único objeto de ésta.

3.° Que se ha infringido la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, y la jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal en 12 de Octubre de 1870, en cuanto la sentencia recurrida, no sólo exime á los demandados de la obligación de otorgar la escritura con que ha de formalizarse el contrato, sino que al dejar sin efecto la sentencia amparatoria de 16 de Septiembre de 1889, les autoriza para desentenderse de cuantas relaciones y vínculos han contraído desde que la Sociedad existía y funcionaba bajo la razón Bernáldez Hermanos.

4.° Y que, por último, se ha infringido el art. 1.658 de la ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo tercero, en cuanto la Sala sentenciadora deja sin efecto la sentencia posesoria, no habiéndose entablado en este juicio reclamación alguna, ni sobre propiedad, ni sobre posesión definitiva por parte de los demandados:

Y resultando que la Sala tercera de este Supremo Tribunal ha admitido el recurso por los motivos segundo, tercero y cuarto, y ha negado su admisión en cuanto al primero:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Cáceres:

Considerando que la absolución acordada por la sentencia recurrida, se funda, aparte de la falta de escritura formal anterior á las operaciones de la Sociedad mercantil que la demanda supone existente, en estimar por el conjunto de las pruebas practicadas que sólo resulta demostrada en el pleito *la voluntad de las partes de formar una especie de comunidad en negocio determinado, esto es, á pérdidas y ganancias.*

Considerando que siendo esto así y habiendo de estarse á dicha ciación por no haber prosperado el motivo en que se comía en concepto de error de hecho y de derecho, es indudable , al desestimar la demanda la sentencia referida, por no aceptomo demostrada la existencia de pacto para constituir una

Sociedad mercantil regular colectiva, que obligue á sus otorgantes á elevarlo á escritura pública, no ha podido infringir los artículos del Código de Comercio invocados en el segundo de los motivos alegados y primero de los admitidos, ni tampoco la jurisprudencia establecida en las sentencias que en el mismo se citan por referirse á casos distintos del actual:

Considerando que no infringe el principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos, señalado en el motivo tercero, porque el gestionar un negocio determinado y percibir sus utilidades, no implica, como consecuencia necesaria, que los que lo explotan estén obligados á constituirse en Sociedad mercantil regular colectiva, ni la absolución acordada en este concepto por la referida sentencia, puede significar que autoriza á los interesados para considerarse desligados de los vínculos y relaciones de otra clase por ellos contraídos desde que plantearon su industria, toda vez que, virtualmente, los refiere á las reglas generales del derecho, conforme á las cuales podrán, en su caso, hacer valer la eficacia y alcance de los convenios celebrados y actos realizados por ellos, con lo cual tampoco ha podido infringir la jurisprudencia establecida en la sentencia, que también se cita en dicho motivo, puesto que se refiere á caso en que existía escritura previa de Sociedad mercantil, que fué aceptada por el que contrajo después matrimonio con una de sus otorgantes:

Considerando que las *sentencias de interdicto sólo deciden cuestiones de hecho, y siempre sin perjuicio de tercero y reservando á las partes su derecho para utilizarlo en el juicio correspondiente*, por cuya razón la dictada en el seguido por D. Domingo Bernáldez con el solo fundamento de estar en posesión del carácter de socio de la mercantil Bernáldez Hermanos no puede menos de quedar anulada de derecho desde el momento en que discutida la existencia de dicha Sociedad en un juicio plenario como es el actual, se declara su inexistencia con el carácter que se le atribuyó en aquel procedimiento sumario, en cuyo concepto no infringe el art. 1 658 de la ley de Enjuiciamiento civil, señalado en el motivo cuarto, la sentencia recurrida al declarar la nulidad de la de interdicto defiriendo á la petición formal que en este sentido hizo e oportunidad el demandado como corolario de la absolución había pretendido en primer término:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber

al recurso de casación interpuesto por D. Domingo Bernáldez, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido. (*Gaceta* de 10 de Marzo de 1893.)

c) Legislación y Jurisprudencia administrativa.

Real orden de 8 de Mayo de 1839.—Providencias administrativas en asuntos de su competencia.—Improcedencia del interdicto.

Para evitar que las providencias gubernativas, dictadas por los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales dentro del límite de sus facultades, puedan anularse, recurriendo á la autoridad judicial para pedir amparo en la posesión ó restitución por el que se diga despojado; y á fin de que no se reproduzcan con este motivo los graves y perjudiciales conflictos que más de una vez han tenido lugar entre las autoridades judiciales y las administrativas, oído el Supremo Tribunal de Justicia, y conformándose con su parecer, se ha servido S. M. declarar por punto general, que las disposiciones y providencias que dicten los Ayuntamientos y en su caso las Diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen á sus atribuciones según las leyes, forman estado y deben llevarse á efecto, sin que los Tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención ó restitución, aunque deberán administrar justicia á las partes, cuando establecen las otras acciones que legalmente las competan.

Real orden de 10 de Mayo de 1884.—Facultad de la Administración para recobrar por sí la posesión en el término de un año desde la usurpación.

He dado de nuevo cuenta á S. M. el Rey (Q. D. G.) del expediente incoado con motivo de la intrusión de D. José Ballester terrenos de la Redoceda de las Salinas de Torrevieja para rever el incidente promovido en el mismo sobre la conveniencia lictar una medida de carácter general que ponga término á la

diferencia de criterio que se observa respecto al tiempo en que la Administración puede recobrar por sí la posesión de los bienes que á la misma correspondan:

Y considerando que es un principio general de derecho consignado en la Constitución del Estado, y aplicado constantemente por los Tribunales que nadie puede ser privado de la posesión en que se halle sin ser oído y vencido en juicio, ejecutando un acto de fuerza el que, sin obtener una sentencia judicial, aunque tenga título de propiedad, toma la posesión que otro disfruta:

Considerando que ese acto de fuerza no autoriza al usurpado para recobrar por sí propio con otro acto de fuerza la posesión de que haya sido privado, porque esto perturbaría el orden social, teniendo aquél el medio de acudir á los Tribunales con una demanda de interdicto para que se le restituya en la posesión:

Considerando que por excepción una constante jurisprudencia, fundada en razones de interés común, concede á la Administración del Estado la facultad de recobrar por sí misma la posesión de sus bienes, con tal que la usurpación sea reciente ó de facil comprobación:

Considerando que semejante facultad, por lo mismo que consiste en restituir la posesión interina sin necesidad de acudir á los Tribunales ordinarios, sólo debe durar hasta que la usurpación alcance por el lapso del tiempo una sanción legal y ese límite es el término que la ley señala para que sea respetada la posesión interina, que es de un año, con arreglo á lo que dispone el art. 1 653 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que no debe ser de menos de un año el plazo dentro del cual la Administración puede ejercer dicha facultad, porque de otro modo no llenaría cumplidamente su objeto, y no hay por otra parte razón alguna para limitarla, ni puede tampoco exceder de ese tiempo, porque pasado el año ha ganado el usurpador legalmente la posesión interina, y no puede ser privado de ella sino mediante la acción oportuna y en el juicio correspondiente:

S. M. conformándose con lo propuesto por esa Direcci... neral, se ha servido resolver que en el término de un año, á c tar desde el acto de la usurpación, puede la Administraci...

cobrar por sí la posesión de sus bienes, pasado el cual deberá acudir á los Tribunales ordinarios ejercitando la acción correspondiente.

Real decreto de 30 de Enero de 1877.—Providencia administrativa de los Ayuntamientos dictada fuera de su competencia. (Constitución de una servidumbre pública en terrenos de dominio privado.) Procedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Granada y el Juez de primera instancia de Motril, de los cuales resulta:

Que á nombre de Doña Juana Pérez Acosta y de D. Francisco González Viñolo, se presentó ante el referido Juzgado en 28 de Mayo de 1875 un interdicto de recobrar, exponiendo que, sin embargo de hallarse los referidos interesados en posesión pacífica de dos suertes de tierra, sitas en la vega de Motril, pago del hoyo de Paterna, y cuyos linderos se designaban, D. Francisco Rodríguez Lorenzo se había presentado en dichas fincas pocos dias antes, y por medio de seis operarios que llevaba á sus órdenes había abierto un camino como de dos varas de ancho, atravesando en toda su longitud la tierra de Juana Pérez y gran parte de la de D. Francisco González Viñolo, colocando además un puentecillo sobre la torna de obra que servía para el riego:

Que admitido el interdicto y sustanciado sin audiencia del despojante, recayó auto restitutorio; y antes de que se llevase á efecto, el Alcalde de Motril ofició al Juzgado participándole que la obra que había dado motivo al interdicto entablado había sido ejecutada por el Alcalde pedáneo del barrio de Torrenueva, anejo de Motril, y en virtud de haber acordado el Ayuntamiento de dicha ciudad, á petición de varios labradores de la localidad, que se compusiera el camino que, naciendo en la dehesa y lindando con la antigua rambla de Villanueva, desembocaba en el que de Torrenueva conduce á Motril; todo lo cual aparecia de la certificación del acuerdo que acompañaba:

Que el Juez, no obstante la anterior comunicación, dispuso var a efecto el auto restitutorio, y así se verificó, resultando de diligencia que la senda ó camino que cruzaba las fincas mencionadas, parecía recién abierto, ya porque el puente estaba re-

ción construído y ya porque en el trayecto correspondiente á la tierra de Juana Pérez se encontraron 60 zocas ó plantas de caña dulce:

Que en este estado el asunto, el Gobernador de la provincia, á intancia del Alcalde de Motril, requirió de inhibición al Juzgado, reproduciendo los fundamentos que el Alcalde había expuesto anteriormente en la comunicación que dirigió al Juez' y citando los artículos 68 y 84 de la ley Municipal:

Que el Juez sustanció el incidente, y después de haber presentado la parte actora, al alegar lo que convino á su derecho, la escritura de adquisición de la tierra de Juana Pérez, de cuyo título resultaba que esta finca no linda con camino público por ninguno de los cuatro vientos, acordó el Juez, para mejor proveer, practicar la inspección ocular del terreno:

Que en vista del resultado de esta diligencia, efectuada con asistencia de las partes, se declaró el Juez competente para continuar conociendo del asunto, de conformidad con el dictámen del Promotor fiscal; y teniendo presente que no aparece comprobada la preexistencia del camino sobre las tierras de los que han promovido el interdicto, pues además de no haber señales que lo indiquen, se observa que por el punto en que el Ayuntamiento supone que dicho camino desemboca en el que va de Motril á Torrenueva había una pared ancha de antigua construcción, que hacía imposible aquella desembocadura; que aun en el supuesto de que tal camino hubiera existido, no sería reciente ni de fácil comprobación la usurpación que los dueños de las fincas de que se trata hubieran cometido, porque no hay vestigio de ello: que los Ayuntamientos, si bien obran dentro de sus atribuciones cuando procuran la conservación de las fincas, bienes y derechos del Municipio, son incompetentes para imponer servidumbres sobre la propiedad privada ó alterar de cualquier manera el estado posesorio de los particulares sin que preceda expropiación en forma ó sentencia judicial; y por último, que no pudiendo estimarse legítimo el acuerdo del Ayuntamiento de Motril, faltaba la condición esencial exigida por el art. 84 de la ley Municipal para tener por improcedente el interdicto; y citaba el Juez en apoyo de su proveído, el art. 692 de la ley de Enjuiciamiento civil, el 53 hasta el 63 del Reglamento de 25 de Septiembre de 1863, el 13 y 14 de la Constitución de 1869, el 286 y 287 de

ley del Poder judicial, y varias decisiones de competencia á propuesta del Consejo de Estado:

Que el Gobernador, de conformidad con el parecer de la Comisión provincial, insistió en el requerimiento y resultó el presente conflicto.

Visto el art. 692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que atribuye exclusivamente á la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los interdictos:

Visto el art. 68 de la ley Municipal, que al encomendar á los Ayuntamientos la Administración municipal, comprende en ella el aprovechamiento, cuidado y conservación de las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y establecimientos que de él dependan:

Visto el art. 84 de la ley Municipal, que prohibe á los Tribunales de Justicia admitir interdictos contra los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que el interdicto propuesto se funda en el hecho de haberse constituído una servidumbre pública de tránsito sobre dos ficas que sus respectivos dueños venían poseyendo pacíficamente y sin obligación de prestar servidumbre alguna:

2.° Que si bien el Alcalde de Motril sostiene la legalidad de obras ejecutadas en las fincas de que se trata, invocando el acuerdo en que el Ayuntamiento las decretó como medida de policía rural ó de conservación de un antiguo camino público, los términos en que aparece concebido dicho acuerdo no justifican las obras verificadas, porque sin embargo de haberse limitado el Ayuntamiento á mandar que se compusiera el camino que designaba, resultan datos bastantes para deducir que el encargado de ejecutar el acuerdo estableció una nueva vía ó senda sobre terreno en que antes no había existido:

3.° Que siendo de todo punto inconciliables los hechos que sirven de fundamento al interdicto y aparecen comprobados en las actuaciones judiciales con los que asevera la Autoridad administrativa al sostener la preexistencia del camino en el mismo paraje y trayecto designado, y no habiéndose propuesto el Ayuntamiento, según los términos de su acuerdo, reivindicar ó restablecer una servidumbre pública recientemente extinguida con motivo de usurpación de los propietarios colindantes, parece ló-

gico deducir que los predios de que se trata están libres de la expresada servidumbre:

4.° Que circunscritas las atribuciones de los Ayuntamientos y Alcaldes en materia de policía rural al cuidado y conservación de los bienes del común y de las vías de comunicación existentes, y no pudiendo extenderse á perturbar los derechos posesorios constituídos en favor de particulares, ni aun á reintegrar al Municipio de sus derechos sin las debidas formalidades legales, es evidente que hubo extralimitación de atribuciones en la Autoridad local de Motril al establecer una servidumbre pública sobre terrenos de dominio privado, y por tanto no se opone á la admisión del interdicto en el presente caso el precepto contenido en el art. 84 de la ley Municipal:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia en favor de la Autoridad judicial, y lo acordado. (*Gaceta* de 9 de Febrero de 1877.)

Real decreto de 30 de Enero de 1877.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos dictadas fuera de su competencia. (Aprovechamientos de leñas y arbolado no comprendidos en servidumbre pecuaria. Procedencia del interdicto.)

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Albacete y el Juez de primera instancia de La Roda, de los cuales resulta:

Que el Ayuntamiento de La Roda, con el fin de evitar la propagación de la langosta, que había aovado en distintos puntos de aquel término, acordó, entre otras medidas, el alzamiento del terreno de la Cañada Real, para paso de ganados, que atraviesa la dehesa denominada de Santa Marta, propiedad de Doña Rosa Ruiz de la Prada, y siendo necesario como operación previa el desbroce de los árboles y leñas que en dicha cañada existían, sacó á pública subasta la corta y aprovechamiento de aquéllos, quedando adjudicado á D. Juan Belmonte Grande, como mejor postor:

Que sabedora Doña Rosa Ruiz de la Prada de que por d. rematante se había procedido al aprovechamiento de los árb. y leñas de su finca de Santa Marta, en el terreno por dond.

cruza la cañada, interpuso interdicto de recobrar la posesión en que había sido perturbada:

Que admitido el interdicto antes de que recayese auto restitutorio, el Gobernador de la provincia, á instancia del Ayuntamiento de La Roda, requirió de inhibición al Juzgado, fundándose en que son de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la gestión de los intereses de los pueblos, así como el aprovechamiento de toda clase de bienes del Municipio, y la policía rural, en que los Jueces y Tribunales no deben admitir interdictos contra las providencias que los Ayuntamientos dicten dentro del círculo de sus atribuciones, citando la Autoridad administrativa, en apoyo de la doctrina que sustentaba, los artículos 37 y 99 de la Constitución y los 67, 68 y 84 de la ley Municipal:

Que el Juez dictó auto inhibiéndose del conocimiento del asunto, y habiéndose apelado por las partes, fué revocado por el Tribunal superior, declarando la competencia de la jurisdicción ordinaria para continuar conociendo en el interdicto, fundándose en que, aun supuesta la existencia de la Cañada Real dentro de la dehesa de Santa Marta, únicamente correspondía al Ayuntamiento de La Roda la protección y conservación de aquélla en cuanto al pasto y paso de ganados; pero que esto no podía nunca facultarle para disponer de las leñas que existían en la Cañada, que son de la exclusiva propiedad del dueño de la finca por donde aquélla cruza: que aun cuando la cañada estuviese invadida por la langosta, debiera el Ayuntamiento haberse sujetado á las disposiciones vigentes en la materia al dictar las medidas necesarias para su extinción; y que el acuerdo sacando á subasta la leña existente en la cañada que, según el mismo Ayuntamiento, atraviesa la propiedad de Santa Marta, es ilegal, por estar fuera de las atribuciones de la Corporación municipal:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en el requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido todos sus trámites:

Visto el art. 67 de la ley Municipal, que declara de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos cuantas medidas se relacionen con la policía rural:

Visto el art. 84 de la misma ley, que prohibe á los Tribunales de justicia admitir interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que las atribuciones de los Ayuntamientes en materia de policía rural están limitadas á procurar la defensa y conservación de los bienes y derechos pertenecientes al Municipio:

2.° Que supuesta la existencia de la Cañada Real que cruza la finca poseída por Doña Rosa Ruiz de la Prada, y consistiendo dicha servidumbre en la obligación de franquear el paso y el pasto á los ganados transeúntes, careció el Ayuntamiento de facultades para sacar á subasta las leñas y arbolados que radican en la Cañada, utilizando así derechos y aprovechamientos que no están comprendidos en la expresada servidumbre pecuaria:

3.° Que por no haber recaido el acuerdo del Ayuntamiento sobre materia de su competencia, en el hecho de haber dispuesto sacar á pública licitación un aprovechamiento que no forma parte de los bienes y derechos del Municipio, no puede invocarse en el presente caso la prohibición de admitir interdictos, contenida en el art. 84 de la ley Municipal;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 9 de Febrero de 1877.)

Real decreto de 16 de Noviembre de 1878.—Providencia administrativa de los Ayuntamientos en materia de su competencia (venta y adjudicación de fincas para pago de contribución á la Hacienda): improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Canarias y el Juez de primera instancia de Arrecife, de los cuales resulta:

Que en descubierto D. Manuel Medina González de la cuota que por contribuciones en el año económico de 1875 á 1876 adeudaba á la Hacienda pública, el Ayuntamiento de San Bartolomé de Lanzarote instruyó el oportuno expediente con arreglo á la Instrucción de 3 de Diciembre de 1869 para hacer efectiva dicha cuota, sacando en su virtud á subasta pública una tierra sita el pago denominado *Montaña blanca*, del término municipal expresado pueblo, quedando rematada en favor de D. Servan Lubary y Barrote:

Que previo pago del importe del remate, se otorgó á favor del indicado Lubary la correspondiente escritura de venta en 31 de Julio de 1877, que fué inscrita en el Registro de la propiedad, obteniendo la posesión de la finca subastada en 1.° de Agosto siguiente:

Que en 16 de Junio del mismo año 1877 D. Manuel Medina González había otorgado en favor de D. Fabián Rocha escritura de cesión en pago de deudas de varias fincas que había hipotecado á la seguridad y garantía del crédito, entre las cuales figuraba la tierra subastada para hacer efectiva la cuota de contribución que se adeudaba al Estado, dándose judicialmente posesión de dicha finca al acreedor en 16 de Septiembre de 1877:

Que á consecuencia de los actos de posesión y dominio llevados á efecto por el rematante D. Servando Lubary, acudió Don Fabián Rocha al Juzgado de primera instancia de Arrecife en 22 de Enero próximo pasado con un interdicto de recobrar la posesión de la tierra mencionada, siguiéndose el procedimiento sin audiencia del despojante:

Que noticioso éste del interdicto contra él incoado, acudió al Ayuntamiento de San Bartolomé de Lanzarote para que se suscitara por quien correspondiera la oportuna competencia al Juzgado, protestando en otro caso reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios:

Que en su vista, el Ayuntamiento elevó dicha pretensión al Gobernador, quien despachó el oportuno requerimiento al Juzgado para que se inhibiera de conocer en el asunto, alegando que el interdicto entablado por D. Fabián Rocha versa sobre la posesión de la finca, posesión en que se hallaba D. Servando Lubary mediante las providencias del Alcalde de San Bartolomé de Lanzarote: que el interdicto se propone dejar sin efecto dichas providencias adoptadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones, puesto que se trata del cobro de los impuestos públicos, materia que la ley somete á los Alcaldes de los pueblos que no son capitales de provincia ni de partidos administrativos, en cuyo caso se halla San Bartolomé de Lanzarote; y citaba el Gobernador el párrafo segundo, art. 5.° de la Instrucción de 3 de Diciembre de 1869, art. 89 de la ley Municipal vigente y Real orden de 8 de Mayo de 1839:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó auto declarán-

dose competente, fundándose en que si bien por la comunicación del Gobernador aparece que D. Servando Lubary tomó posesión de la finca en cuestión en 1.° de Agosto último, y por lo tanto con un derecho preferente al actor en el interdicto, que la tomó en 16 de Septiembre del mismo año, aquel extremo no se ha justificado con documentos incuestionables para que surtiera sus efectos judiciales; y en que, tratándose de un interdicto de recobrar, siempre queda al D. Servando Lubary el juicio ordinario para hacer valer su derecho:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites.

Visto el párrafo segundo, art. 5.° de la instrucción de 3 de Diciembre de 1869, según el cual en los pueblos que no sean capitales de provincia ni de partido administrativo tendrán los Alcaldes populares la facultad y el deber de expedir los apremios contra primeros contribuyentes:

Visto el art. 40 de la misma instrucción, que dispone que cada seis meses el Ayuntamiento, asociado de un número igual de mayores contribuyentes, examinará las diligencias actuadas en los apremios pertenecientes á la contribución territorial que no hayan cubierto los débitos por que fueron expedidos, y decidirá si han de considerarse definitivamente estos débitos como partidas fallidas, ó ha de procederse á la venta de los bienes inmuebles de los deudores:

Visto el art. 9.° de la ley de Contabilidad de la Hacienda de 25 de Junio de 1870, en que se dispone que los procedimientos, así para la cobranza de contribuciones como para la de las demás rentas públicas y créditos liquidados á favor de la Hacienda, serán meramente administrativos, y se ejecutarán por los agentes de la Administración en la forma que las leyes y Reglamentos fiscales determinen:

Visto el art. 89 de la ley Municipal vigente, que prohibe á los Juzgados y Tribunales admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Lanzarote o. dentro de la órbita de las facultades que las leyes le confieren

decretar, previas las debidas formalidades, la venta y adjudicación de la finca perteneciente á D. Manuel Medina á fin de hacer efectiva la cuota que éste adeudaba á la Hacienda por contribuciones devengadas:

2.° Que en tal supuesto, el interdicto entablado por D. Fabián Rocha era de todo punto inadmisible, puesto que se dirigía á dejar sin efecto providencias que la Administración ha adoptado en uso de sus legítimas atribuciones;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración.

Real decreto de 26 de Noviembre de 1879.—Providencia administrativa de los Ayuntamientos en asuntos de su competencia (suspensión de obras en un solar de propiedad de un pueblo): improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Navarra y el Juez de primera instancia de Tafalla, de las cuales resulta:

Que en vista de que en el pueblo de Caparroso había algunos solares ó vagos que no servían más que para depósito de escombros, y con objeto de que desaparecieran esos solares, que además de ser contrarios á la salud pública, eran necesarios para construir edificios que hacían falta á la población, acordó el Ayuntamiento de dicho pueblo en sesiones celebradas en el año de 1853 citar por edictos á todos los interesados para que se reconocieran dueños de esos solares, y los que así lo hicieren edificasen en ellos, y hasta tanto, que no se pudiera echar en los mismos escombros ni basuras; y si no aparecieran los dueños de algunos de esos solares, se vendieran éstos en pública subasta, conservando los productos para entregarlos al que tuviera mejor derecho:

Que al tomar los acuerdos anteriores el referido Ayuntamiento, adujo como razón que esos solares, cuando sobre ellos existían edificios, se hallaban afectos á censos, y que el temor de que nuevamente se construyera en los mismos pudieran los acreedores censualistas reclamar sus pensiones, hacía que no se edificara en dichos sitios:

Que el mismo Ayuntamiento en sesiones celebradas en el año de 1876, en virtud de moción hecha por uno de los Concejales de que D. Francisco Yanguas parecía que trataba de edificar en un sitio de la calle de Peligros en aquella población, que decía pertenecer al común de vecinos, acordó oficiar al referido Yanguas para que se abstuviera de edificar en el expresado solar; y habiendo dispuesto posteriormente el Ayuntamiento en sesión de 2 de Marzo de 1876 sacarlo á subasta, fué rematado á favor de Ramón Pascual:

Que comunicado al D. Francisco Yanguas el acuerdo del Ayuntamiento para que se abstuviera de edificar en el solar de que antes se ha hecho mérito, acudió al Juzgado de primera instancia con un interdicto de recobrar la posesión en el solar referido, del que había sido despojado por el Ayuntamiento de Caparroso:

Que sustanciado el interdicto sin audiencia del despojante, el Juez dictó auto restitutorio, que fué notificado á la Corporación municipal, la cual acudió al Gobernador para que suscitara al Juzgado la oportuna competencia:

Que estimada, en efecto, la anterior pretensión, el Gobernador dirigió al Juzgado el oportuno requerimiento, fundándose para ello en que es de la competencia de los Ayuntamientos todo aquello que se relaciona con la policía urbana y rural, cuidado de la vía pública en general, y limpieza, higiene y salubridad del pueblo, servicios que se imponen también por obligación á los Ayuntamientos en la ley Municipal; obrando el de Caparroso con completo derecho al tomar sus acuerdos para que desapareciera, no sólo la fealdad para el aspecto público, sino aquellos focos de inmundicia que existían en los vagos ó solares abandonados por sus dueños, y que tan perjudiciales podían ser para la salubridad del vecindario: en que contra acuerdos de esta naturaleza no caben interdictos restitutorios: en que solamente á aquel Gobierno de provincia correspondía conocer en alzada que el Yanguas podía haber interpuesto, con arreglo al art. 171 de la ley Municipal, y confirmar ó revocar el acuerdo del Municipio, según el art. 114 de la misma ley; y citaba la Autoridad guberna los artículos 72, 73 y 89 de la ley Municipal vigente, Real or de 8 de Mayo de 1839 y art. 53 del Reglamento de 25 de Septie bre de 1863:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó auto declarándose competente, teniendo en consideración que justificado en los autos de interdicto ser D. Francisco Yanguas dueño en pleno y absoluto dominio del sitio que da origen á la cuestión, podría edificar en él sujetándose á las reglas ú Ordenanzas que el Municipio con anterioridad hubiera establecido, sobre lo que nada se dice en el oficio inhibitorio (único extremo legislable con el asunto por parte de las Corporaciones municipales); y haciéndolo de lleno sobre la propiedad del referido sitio, el Ayuntamiento sale del círculo de sus atribuciones, porque las cuestiones que versan sobre esos derechos sólo pueden ser resueltas por los Tribunales de justicia: que las disposiciones de la ley Municipal se refieren á actos propios de los Ayuntamientos y resoluciones tomadas en asuntos de su exclusiva competencia, lo cual no sucede en el presente caso, en que se perturban derechos posesorios legalmente constituídos á favor de particulares, y por tanto, procedía el interdicto:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Diputación provincial, insistió en su requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el núm. 3.°, art. 72 de la ley Municipal vigente, según el cual es de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la administración municipal, que comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y establecimientos que de él dependan, y la determinación, repartimiento, recaudación, inversión y cuenta de todos los arbitrios é impuestos necesarios:

Visto el núm. 5.°, art. 73 de la propia ley, que impone como obligación á los Ayuntamientos la administración, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo:

Visto el art. 89 de la misma ley, que prohibe á los Juzgados y Tribunales admitir interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que el Ayuntamiento de Caparroso, al disponer que Don Francisco Yanguas suspendiera las obras que estaba practicando en un solar de la calle de Peligros de aquella población, lo hizo en el concepto de pertenecer al común de vecinos el solar referido:

2.° Que con arreglo á la ley Municipal vigente, es atribución

de los Ayuntamientos el cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo, y en tal concepto la providencia de la Municipalidad de Caparroso aparece dictada dentro del círculo de sus atribuciones:

3.° Que contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes, dictadas con competencia, no son admisibles los interdictos por los Juzgados y Tribunales, y en tal concepto no era procedente el incoado por D. Francisco Yanguas:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. *(Gaceta* de 9 de Diciembre de 1879.)

Real decreto de 26 de Noviembre de 1879.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos en materia de su competencia (derecho de pastos á favor de un pueblo). Improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Navarra y el Juez de primera instancia de Tafalla, de los cuales resulta:

Que el Ayuntamiento de Milagro acordó, en 15 de Julio de 1878, que siendo costumbre desde tiempo inmemorial el goce por la ganadería concejil de la hierba de los rastrojos, barbechos y linos de los términos de Sotopinos, Penadilla, Postural, Vizcaína y Villar, del campo regadío de dicha jurisdicción, después de levantado por completo el fruto se diese orden al encargado de la referida ganadería para que así lo verificase:

Que ejecutando ese acuerdo, el Alcalde de Milagro dió orden al mencionado encargado para que entrase con la ganadería en los expresados sitios, como en efecto tuvo lugar:

Que á nombre de D. Pedro Oyarzabal, como apoderado de D. Mauricio Bobadilla, se presentó un interdicto de recobrar la posesión de una heredad sita en el término del Villar, en la cual había sido perturbada la parte actora por haber introducido aquélla el pastor Felipe Pardo el ganado concejil en virtud de orden del Ayuntamiento de Milagro:

Que sustanciado el interdicto sin audiencia del despojant

sea el Ayuntamiento, contra el cual se dirigía, se declaró haber lugar á él, y fué llevado á efecto el acto restitutorio:

Que el Gobernador de la provincia de Navarra, á instancia de la Corporación municipal de que viene tratándose, requirió de inhibición al Juzgado, alegando como razones para ello que á los Ayuntamientos corresponde procurar por la administración, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo: que contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos en asuntos de su competencia no proceden los interdictos: que Oyarzabal pudo acudir en vía administrativa contra el acuerdo de que se trata, pero no á la Autoridad judicial, y menos en la forma en que lo había verificado; y citaba el Gobernador la Real orden de 8 de Mayo de 1839 y los artículos 72, 73, 89, 169 y 171 de la vigente ley municipal:

Que sustanciado el incidente, el Juzgado sostuvo su jurisdicción fundándose en que procedía el interdicto, toda vez que el acuerdo del Ayuntamiento de Milagro no había sido tomado dentro del círculo de sus atribuciones, puesto que la heredad cuyo disfrute y objeto del interdicto era propiedad de D. Mauricio Bohadilla y el pueblo no tenía derecho á que entrase en ella la dula concejil: en que ese derecho supondría la existencia de una servidumbre que el Ayuntamiento no había demostrado tener á su favor: en que toda finca se considera libre mientras no se pruebe lo contrario, correspondiendo la prueba al que se cree con derecho á la carga; y en que los Ayuntamientos no tienen facultad para imponer servidumbres sobre propiedades particulares:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites;

Vistos los artículos 72 y 73 de la ley Municipal, según los cuales corresponde á los Ayuntamientos el aprovechamiento, cuidado, administración, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo:

Visto el art. 89 de la propia ley, con arreglo á cuyas disposiciones los Juzgados y Tribunales no admitirán interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia;

Considerando:

1.° Que el Ayuntamiento de Milagro obró dentro del círculo

de sus atribuciones al acordar que el común de vecinos continuase en el uso del derecho, y que, según se dice, existe desde tiempo inmemorial, de que la dula concejil entrase á pastar en determinados terrenos una vez levantado el fruto:

2.° Que no procede, por tanto, el interdicto interpuesto por D. Pedro Oyarzabal, como apoderado de D. Mauricio Bobadilla, sin perjuicio de lo cual puede el interesado hacer valer sus derechos en la forma que estime oportuno y viere corresponderle, pero no en la que ha empleado al deducir su reclamación;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 9 de Diciembre de 1879.)

Real decreto de 22 de Junio de 1880.—Procedencia del interdicto contra actos de despojo ejecutados por un particular.—Las providencias administrativas no convalidan actos anteriores á ellas realizados por un particular en perjuicio de los derechos civiles de otro.

En los autos y expediente de competencia suscitado entre la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid y el Gobernador de la provincia de Segovia, de los cuales resulta:

Que á nombre de D. Casiano Escorial Tardón, vecino de San Martín y Mudrián, se presentó ante el Juzgado de primera instancia de Cuéllar, con fecha 28 de Febrero de 1877, un interdicto de recobrar, exponiendo que el actor había venido poseyendo pacíficamente por prescripción inmemorial el derecho de que las aguas que nacen en los parajes titulados Cacera de Bernardoz y Fuente Vieja vinieran sin detenerse y constantemente á verter y rebalsarse en un estanque denominado de La Era, perteneciente al mismo actor:

Que dicho estanque estaba dedicado á vivero de peces y tencas, cuya industria había venido explotando la parte actora sin interrupción, hasta que en los días 17 y 18 de Enero del mismo año de 1877 había sido perturbado en la posesión que disfrut por Calixto Fraile, el cual, obstruyendo la entrada que las ag tenían en el referido estanque por el lado del Mediodía, y des yendo en parte la zanja ó cauce por donde aquéllas se deslizal

las dió distinta dirección para que, alejándose del estanque, fueran al sitio del común llamado Vedoncillo, y siguiendo el límite del Mediodía se dirigieran después á tomar la frontera de una tierra del despojante para aprovecharlas cuando le conviniera:

Que admitido el interdicto y sustanciado sin audiencia del despojante, el Alcalde de San Martín, antes de que el Juez dictara sentencia, le dirigió una comunicación manifestando que el acto ejecutado por Calixto Fraile, origen del interdicto entablado por D. Casiano Escorial, había sido autorizado por el Ayuntamiento, pues según acta de la sesión celebrada por la Junta municipal de Sanidad en 22 de Enero de 1877 (cuya copia acompañaba el Alcalde), se había acordado, en vista de las repetidas quejas de los vecinos y previas diligencias de inspección, que se procediera inmediatamente á hacer desaparecer los pudrideros, charcas y lagunas existentes en las inmediaciones del pueblo, por ser otros tantos focos de infección, perjudiciales á la buena higiene pública y causa de enfermedades graves que estaban sufriendo los vecinos; y que siendo suficiente el agua que venía á los lavaderos, se procurara dar á las sobrantes que se reunían en alguna de las charcas mencionadas, otra dirección para llevarlas á puntos donde, reunidas ó dispersas, no perjudicasen á la salud pública:

Que el Juez, después de acordar otras diligencias, proveyó auto restitutorio, del cual apeló el despojante para ante el Tribunal superior; y admitido el recurso en ambos efectos, el Gobernador de la provincia, á instancia del Ayuntamiento de San Martín, requirió de inhibición al Juzgado alegando que, según expediente que obraba en aquel Gobierno, el expresado Ayuntamiento había dado orden á Calixto Fraile para que, de conformidad con lo acordado por la Junta local de Sanidad, variase el curso de las aguas que entraban en una charca propia de D. Casiano Escorial: que esta disposición fué aprobada por la Comisión provincial en 13 de Abril de 1877, y mandada ejecutar por el Gobernador en 25 del mismo mes: que fué adoptada en virtud de quejas de los vecinos denunciando á D. Casiano Escorial porque había abierto una zanja para conducir aguas á la laguna del Barrero, y allí las detenía: que en vista de estos antecedentes, era indudable que el acuerdo del Ayuntamiento y Junta de Sanidad había sido adoptado dentro de las atribuciones que la ley les

concede; y si D. Casiano Escorial se consideraba perjudicado por dicho acuerdo, aprobado por el Gobernador, debió limitarse á entablar el correspondiente recurso de alzada, pero no el interdicto, inadmisible en tales casos; y citaba el Gobernador, en apoyo del requerimiento, el art. 67, números 3 y 5, párrafos primero y segundo de la ley Municipal de 1870, los 84 y 161 de la misma ley, y el 278 de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866:

Que el Juez contestó al Gobernador manifestando que ya no le era posible admitir el requerimiento, porque estando el negocio pendiente del recurso de apelación, carecía aquél de jurisdicción; y en su consecuencia, el Gobernador dirigió nuevo requerimiento á la Sala de lo civil de lá Audiencia de Madrid reproduciendo los mismos razonamientos y citas legales que tuvo en cuenta al dirigirse primeramente al Juez de primera instancia, y acompañando además copia de una Real orden expedida por el Ministerio de la Gobernación con fecha 29 de Enero del presente año. En dicha Real orden, dictada de conformidad con el dictamen de la Sección de Gobernación del Consejo de Estado, se expresa que, á consecuencia de haber acordado el Ayuntamiento de San Martín variar el curso de las aguas procedentes de los lavaderos, acuerdo que se comunicó á D. Casiano Escorial en 26 de Enero de 1877 para que no interrumpiera el nuevo curso dado á las aguas, reclamó ante el Alcalde en 19 de Febrero, y después el Gobernador, de conformidad con la Comisión provincial, aprobó lo resuelto por el Ayuntamiento, lo cual dió lugar á un recurso de alzada, y al propio tiempo á un interdicto por parte de D. Casiano Escorial: que con motivo del interdicto había el Gobernador suscitado competencia al Juez, y por esta circunstancia se declaraba en la Real orden de 29 de Enero del presente año que, estando la competencia pendiente de la decisión superior, debían quedar paralizados los procedimientos gubernativos:

Que la Sala sustanció el incidente de competencia, y separándose del dictamen del Fiscal, acordó sostener su jurisdicción teniendo presente que el requerimiento de inhibición se funda en el supuesto de que al ejercitar Calixto Fraile los hechos que motivaron el interdicto, obró en cumplimiento de una orden d por el Alcalde en virtud de acuerdo tomado por el Ayuntamie en 22 de Enero de 1877, y resulta de las actuaciones del int dicto que la reclamación del actor se refiere á actos ejecutad

en los días 17 y 18 del mismo Enero, de lo cual se deduce que Calixto Fraile no pudo ejecutar el día 18 un acuerdo que se adoptó cuatro días después; careciendo por tanto de aplicación al caso las disposiciones legales invocadas por el Gobernador, puesto que el interdicto no se ha entablado contra la ejecución de un acuerdo del Ayuntamiento de San Martín y Mudrián, sino contra actos ejecutados por Calixto Fraile antes de que aquel acuerdo se tomara:

Que el Gobernador oyó nuevamente á la Comisión provincial, la cual emitió dictamen impugnando el argumento relativo á que los actos del supuesto despojante se hubieran verificado antes del 22 de Enero, fecha del acuerdo que los autorizó, pues el mismo D. Casiano Escorial confesaba en las instancias presentadas al Gobernador que el Alcalde de San Martín le había privado de las aguas *hacia el 22 de Enero*, deduciendo la Comisión provincial de sus razonamientos que se estaba en el caso de que la Autoridad administrativa insistiera en el requerimiento de inhibición, y así lo resolvió el Gobernador, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 2.° de la ley del Poder judicial, que atribuye exclusivamente á los Tribunales ordinarios la potestad de conocer de los juicios civiles y criminales:

Considerando:

1.° Que el actor en el interdicto determina expresamente como actos perturbatorios de la posesión los ejecutados por Calixto Fraile en los días 17 y 18 de Enero de 1877, sin que ni en las actuaciones judiciales ni en las gubernativas conste que con anterioridad á la indicada fecha existiera acuerdo alguno de la Administración local disponiendo la variación del curso de las aguas de que se trata y autorizando á Calixto Fraile para ejecutar el acuerdo:

2.° Que la circunstancia de haber sido éste dictado en 22 de Enero de 1877, ó sea cuatro días después del en que se verificó el despojo, demuestra que el despojante obró como mero particular y no por delegación de la Autoridad pública, quedando por tanto gado á responder de sus actos ante la jurisdicción ordinaria:

° Que la providencia administrativa de 22 de Enero de 1877, más que fuese adoptada dentro de las facultades que la ley cede á los Ayuntamientos y Alcaldes, sólo pudo producir efec-

tos legales para lo sucesivo, pero no convalidar actos anteriores, ejecutados por un particular en perjuicio de los derechos civiles de otro:

4.° Que para resolver el conflicto suscitado importa no confundir los actos que produjeron el despojo con el acuerdo adoptado posteriormente por la Administración municipal, puesto que revistiendo el despojo carácter de un hecho meramente privado entre particulares, ha podido ser rechazado por la vía del interdicto; al paso que el acuerdo administrativo, por haber sido dictado con competencia, sólo podía dar lugar á recursos gubernativos ó á demanda contenciosa:

5.° Que el actor D. Casiano Escorial ha distinguido acertadamente los dos conceptos expresados en el hecho de haber utilizado el procedimiento del interdicto contra el despojo, y el recurso de alzada ante el superior jerárgico contra la providencia administrativa, pudiendo continuar ambos procedimientos, puesto que reconocen fundamentos diversos:

6.° Que apareciendo cumplidamente demostrado que el interdicto no contraría providencia legítima de la Administración adoptada con anterioridad, no cabe invocar en el presente caso el precepto contenido en el art. 89 de la ley Municipal, que prohibe admitir interdictos contra las providencias administrativas;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial para conocer del interdicto con relación al tiempo que media entre la fecha de su interposición y el día en que recayó la providencia del Ayuntamiento; quedando reservada á la Administración la facultad de resolver acerca del recurso de alzada pendiente en la esfera gubernativa. (*Gaceta* de 18 de Agosto de 1880.)

Real decreto de 7 de Julio de 1880.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos: improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada en. Gobernador de la provincia de Madrid y el Juez de primera tancia de Colmenar Viejo, de los cuales resulta:

Que con fecha 21 de Enero de 1878 se presentó ante el rel

Juzgado, á nombre de D. José Antonio Sellés, vecino de Cereceda, un interdicto de recobrar exponiendo que su esposa Doña Juana Luna es propietaria de un terreno de labor, pasto y piedras en el punto denominado Berrocal y con los linderos que designaba; que de dicho terreno había estado en posesión pacífica durante algunos años, hasta que en uno de los días del propio mes de Enero Damián Zamalloa y Simón Anieta invadieron dicho terreno estableciendo canteras con destrucción de la finca, y privando al propietario de su disfrute hasta el punto de no poder sin inconvenientes utilizarle para nada:

Que admitido el interdicto y sustanciado sin audiencia de los despojantes, recayó auto restitutorio, que fué llevado á efecto, poniendo al actor en posesión de la tierra y canteras de que había sido despojado:

Que por parte de uno de los despojantes se interpuso apelación del auto restitutorio; pero antes de que el Juez admitiese el recurso, el Gobernador de la provincia requirió de inhibición al Juzgado alegando que, según los antecedentes que le había comunicado el Alcalde de Boalo, los cerros de piedra enclavados en los terrenos que posee D. José Antonio Sellés, pertenecen al común de vecinos de Boalo, que viene utilizándolos desde tiempo inmemorial en la extracción de piedra, sin que se le haya puesto el menor obstáculo: que dicha cantera no se halla comprendida en las concesiones de terrenos hechas á varios vecinos de los pueblos del distrito de Boalo por roturaciones arbitrarias, entre las cuales se encuentra el terreno de D. José Sellés, comprendiéndose desde luego que las canteras no pueden ser objeto de tales concesiones, porque en ellas no cabe roturación para el cultivo: que con posterioridad á la legitimación de la suerte que hoy posee Sellés se ha venido explotando la cantera enclavada en ella, que tiene su entrada expedita é independiente del terreno labrado: que el Ayuntamiento y Junta municipal establecieron un arbitrio sobre la explotación de las expresadas canteras, que fué aprobado por el Gobernador en 3 de Diciembre de 1877: que los supuestos despojantes en el interdicto son los contratistas que remataron la explotación de la cantera de que se trata, y por tanto, si el interdicto prevaleciera, quedarían anulados los acuerdos legítimos adoptados por la Administración municipal, que tiene derecho de defender los bienes pertenecientes al Municipio,

y mantener el estado posesorio de los mismos; y por último, que dichos acuerdos son ejecutivos, y sólo pueden ser impugnados en la vía gubernativa, á no ser que por ellos se hayan infringido las leyes, lo cual no sucede en el presente caso; y citaba el Gobernador en apoyo del requerimiento los artículos 72, 75, 83 y 89 de la ley Municipal y varias decisiones de competencia á consulta del Consejo de Estado:

Que el Juzgado sustanció la competencia con arreglo á las disposiciones de la ley del Poder judicial, oyendo á la parte actora y al Promotor fiscal, y acordando en providencia de 5 de Octubre de 1878 no haber lugar á resolver respecto á la inhibición propuesta por el Gobernador, y admitir la apelación interpuesta por los despojantes:

Que remitidos los autos á la Audiencia, se declaró desierto el recurso; y después de haber sido devueltos aquéllos al Juzgado, el Gobernador, dirigiéndose á la Audiencia, reprodujo el requerimiento de inhibición que antes dirigió al Juez de primera instancia; y como el Tribunal superior contestase que ya no obraban en su poder las actuaciones, el Gobernador reiteró el requerimiento al Juzgado, donde, tramitado en forma el incidente de competencia, declaró el Juez tenerla para continuar conociendo del asunto, teniendo en consideración que, según el título de propiedad presentado por D. José Antonio Sellés, no consta que en el término en cuya posesión fué perturbado exista cantera alguna perteneciente al común de vecinos de Boalo, y por tanto versa el interdicto exclusivamente sobre restitución de una finca particular:

Que el Gobernador, oída la Comisión provincial, insistió en el requerimiento y resultó el presente conflicto:

Visto el art. 72 de la ley Municipal vigente, que en su núm. 3.° encomienda á los Ayuntamientos la Administración municipal, que comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y establecimientos que de él dependan:

Visto el art. 75 de la propia ley, según el cual es atribución de los Ayuntamientos arreglar para cada año el modo de d sión, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales pueblo:

Visto el art. 89 de la misma ley, que prohibe á los Tribun

y Juzgados admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que el interdicto propuesto por D. José Antonio Sellés se dirige á recuperar la posesión de una suerte de tierra, cuya cabida y linderos se designan, y por tanto, aunque no se haya hecho en la demanda mención expresa de la cantera, cuya posesión disfruta el Ayuntamiento de Boalo, basta que dicha cantera se encuentre enclavada dentro del perímetro de la finca ó terreno poseído por el actor para estimar que el interdicto abrazaba toda la extensión de tierra y piedra contenida dentro de los límites de la finca:

2.° Que en este concepto se llevó á ejecución el auto restitutorio, puesto que de la diligencia al efecto practicada resulta que el actor fué restituído en la posesión del terreno sembrado y de las canteras comprendidas en la finca:

3.° Que el conflicto jurisdiccional ha surgido por consecuencia de estimarse el actor perturbado en la posesión pacífica de una finca deslindada, y en cuyo título de adquisición sólo se hace reserva de las servidumbres públicas de caminos, sendas y demás vías que hubiera establecidas, mientras que el Ayuntamiento sostiene á su vez que nunca ha dejado de estar en posesión de la cantera enclavada en la finca, por pertenecer al común de vecinos, siendo en tal concepto arbitrada por la Municipalidad y subastada la explotación:

4.° Que en la necesidad de determinar en favor de cuál de los dos contendientes estaba constituída la posesión de la cantera antes de la interposición del interdicto, no puede menos de apreciarse como un dato favorable á la Corporación municipal el expediente instruído para establecer el arbitrio sobre la explotación de la cantera y la aprobación prestada por el Gobernador de la provincia.

5.° Que así la indicada aprobación como los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento sobre el particular constituyen otras ...tas providencias administrativas contra las cuales no cabe ...lamar judicialmente por la vía del interdicto:

...° Que esto no obsta para que, si el propietario del terreno ...nde está situada la cantera se considera perjudicado en sus

derechos civiles, ejercite su acción por medio de los recursos que la ley Municipal le concede, ó en el juicio plenario correspondiente;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración, y lo acordado. (*Gaceta* de 25 de Agosto de 1880.)

Real decreto de 30 de Marzo de 1880.—Providencias de la Administración central en materia propia de sus resoluciones. Improcedencia del interdicto contra Reales órdenes consentidas y recaídas en materia esencialmente administrativa.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Barcelona y el Juzgado de primera instancia del distrito de San Beltrán de la capital, de los cuales resulta:

Que con fecha 29 de Mayo de 1877 se presentó en dicho Juzgado á nombre de D. Jaime Sust, vecino de Barcelona, un interdicto de recobrar, exponiendo que, según la escritura otorgada en 1867, y otros documentos que se acompañaban, el Capitán general de Cataluña estableció á censo á favor del actor, para que los utilizara del modo que tuviera por conveniente, cuatro trozos de terreno sobrantes de la Ciudadela, contiguos al mar, y con los demás linderos que en la escritura se designan: que de estos terrenos tomó posesión el adquirente en 30 de Noviembre del mismo año de 1867, ante Notario y varios testigos, según acreditaba con un acta notarial, y desde aquella fecha ha venido disponiendo libremente de dichos terrenos sin contradicción de nadie, hasta que el día 22 de Mayo de 1877 D. Manuel Girona, sin previo juicio ni aviso alguno, mandó derribar el linde ó estaca que había fijado la Comisión nombrada para señalar la zona marítima, y los mojones de piedra que el actor había colocado para demarcar su propiedad, los cuales fueron sustituídos por otros, dándose á reconocer además D. Manuel Girona á los inquilino constructores de barquillas como dueño de aquellos terren por serlo también de los que están más bajos; de todo lo cual sultaba ser consumado un verdadero despojo, contra el que clama el actor por la vía del interdicto:

Que admitido éste y sustanciado sin audiencia del despojante, recayó auto restitutorio, que fué llevado á efecto; mas habiendo apelado D. Manuel Girona, fueron remitidos los autos al Tribunal superior, el cual declaró también que había lugar á la restitución, y devolvió las actuaciones al inferior para la exacción de las costas y cumplimiento en otras diligencias acordadas por la Sala:

Que en este estado el asunto, D. Manuel Girona acudió al Gobernador de la provincia en 1.° de Febrero de 1878, haciendo presente que como propietario de varios terrenos sitos en las afueras de Barcelona y lindantes por una parte con la playa del mar, solicitó con arreglo á la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 que se le concediera la propiedad del trozo anexionado á los indicados terrenos de su pertenencia por efecto de la acción de los continuos temporales y mareas, concesión que obtuvo por Real orden de 22 de Octubre de 1872, con las servidumbres prescritas por dicha ley de Aguas para las zonas de salvamento y vigilancia, que debía marcar el Ingeniero Jefe del servicio marítimo: que en su virtud se levantó la oportuna acta de amojonamiento y deslinde de dichas servidumbres y del trozo de terreno cedido al exponente, en una parte del cual, por estar ocupado por Don Jaime Sust, no pudo tener efecto la demarcación á causa de haberse opuesto á ella dicho interesado, apoyándose en cierta escritura de venta que le otorgó el Capitán general de Cataluña en 1867: que con este motivo fué elevado el expediente al Ministerio de Fomento, el cual, de conformidad con lo informado por la Sección de Fomento del Consejo de Estado, y fundándose en que no se había intentado recurso alguno contra la Real orden de 22 de Octubre de 1872, y en que el título de compra alegado por D. Jaime Sust no era valedero, porque el Capitán general de Cataluña carece de facultades para enajenar terrenos de dominio del Estado, resolvió en Real orden de 25 de Octubre de 1875 que se llevara á cumplido efecto lo mandado en la de 22 de Octubre de 1872, practicándose en la forma que éste había mandado el amojonamiento del terreno concedido á D. Manuel Girona, y desestimando la oposición de D. Jaime Sust: que como éste tampoco interpuso recurso alguno contra dicha Real orden de Octubre de 1875, se procedió al amojonamiento decretado, y además mandó el Gobernador que el Juzgado de Palacio diera á Girona

la posesión de los terrenos, y en particular de la porción de los ocupados por Sust, y que se pasara al Registrador de la propiedad el oportuno mandamiento para cancelar la inscripción del título civil incoado por Sust y declarado nulo, todo lo cual se llevó á efecto: que ocultando todos estos antecedentes D. Jaime Sust, había entablado un interdicto de recobrar ante el Juzgado de San Beltrán, suponiendo que todas las medidas de que se ha hecho mérito, ejecutadas por orden de la Autoridad gubernativa y de la judicial, lo habían sido arbitrariamente por Girona, al cual consideraba como despojante de la posesión; y como de prevalecer dicho interdicto quedarían sin efecto las dos Reales órdenes expedidas por el Ministerio de Fomento, contra lo prevenido en la Real orden de 8 de Mayo de 1839, solicitaba Girona que el Gobernador requiriese de inhibición al Juzgado de San Beltrán, en el conocimiento del interdicto:

Que el Gobernador, accediendo á dicha pretensión, despachó el oportuno requerimiento, fundado en los mismos razonamientos y citas de Reales disposiciones contenidas en el escrito de Don Manuel Girona; y el Juez, después de sustanciar el incidente, sostuvo su jurisdicción, de conformidad con el parecer del Promotor fiscal, alegando: que el requerimiento del Gobernador era extemporáneo y tardío, puesto que lo había dirigido cuando ya el interdicto había sido fallado por la Superioridad; y que aun en el supuesto de que se hubiera promovido oportunamente la competencia, tampoco podría la Administración sostenerla con fundamento en el asunto de que se trata, toda vez que se refiere al estado posesorio de una finca, y á cuestiones de propiedad, de que sólo la jurisdicción ordinaria debe conocer, según las decisiones de competencia que citaba:

Que D. Manuel Girona interpuso apelación del auto en que el Juez se declaró competente; y sustanciado el recurso en el Tribunal superior, la Sala de lo civil, separándose del dictamen fiscal, confirmó el auto apelado:

Que con fecha 12 de Abril de 1879 exhortó el Juez de primera instancia al Gobernador, dándole conocimiento, con los insc necesarios, de la sentencia firme en que la Audiencia se h declarado competente, y después en varias diligencias y reco torios á que dió lugar la tardanza del Gobernador en contest Juzgado manifestando si insistía ó no en el requerimie

acordó dicha Autoridad insistir en la competencia con fecha 11 de Agosto de 1879, conformándose con el parecer de la Comisión provincial; de todo lo cual resultó el presente conflicto:

Visto el art. 4.° de la ley de 3 de Agosto de 1866, que declara del dominio público los terrenos que se unen á las playas por las accesiones y aterramientos que ocasione el mar; y añade que cuando ya no los bañen las aguas del mar, ni sean necesarios para los objetos de utilidad pública ni para el servicio de vigilancia, el Gobierno los declarará propiedad de los dueños de fincas colindantes en aumento de ellas:

Vista la Real orden de 8 de Mayo de 1839, que prohibe á los Tribunales ordinarios admitir interdictos posesorios contra las providencias de la Administración en los asuntos que pertenecen á sus atribuciones, según las leyes:

Visto el art. 12 de la ley Provincial vigente, en que se prescribe que el Gobernador en sus actos, como representante y delegado del Gobierno, se acomodará á lo que establezcan los leyes, y á los reglamentos y disposiciones que éste dictare en virtud de sus facultades:

Considerando:

1.° Que los actos constitutivos del supuesto despojo en que se funda el interdicto propuesto por parte de D. Jaime Sust, revisten el carácter de medidas adoptadas por la Autoridad superior gubernativa de la provincia, en estricto cumplimiento de lo mandado en la Real orden de 25 de Octubre de 1875, dictada por el Ministerio de Fomento para resolver las respectivas reclamaciones de D. Jaime Sust y D. Manuel Girona acerca del terreno cuestionado:

2.° Que la expresada Real orden de 25 de Octubre de 1875, por ser declaratoria de derechos y haber recaído sobre materia esencialmente administrativa, causó estado, y por lo mismo debía estimarse inmediatamente ejecutiva, sin perjuicio de los recursos legales que contra ella pudo haber ejercitado el particular que la creyera improcedente y atentatoria á sus derechos adquiridos:

3.° Que una vez consentida por D. Jaime Sust la resolución encionada de la Administración superior, no cabe estimarse mo despojo los actos de mera ejecución acordados y realizados or el Gobernador, al cual incumbe, con arreglo al citado art. 12

de la ley Provincial y en concepto de delegado del Gobierno, ejecutar las disposiciones que éste dictare en virtud de sus facultades:

4.° Que, sea cualquiera el vicio de que pueda adolecer la mencionada Real orden de Octubre de 1875, no es lícito ejercitar la vía del interdicto para rechazar ó desvirtuar los efectos de aquella Real resolución, puesto que las que adopta la Administración en todas sus esferas sobre materias propias de sus atribuciones, sólo pueden ser impugnadas por la vía gubernativa y contenciosa, ó bien en el juicio plenario que corresponda ante la jurisdicción ordinaria;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia en favor de la Administración; y lo acordado. *(Gaceta* de 2 de Abril de 1880.)

Real orden de 12 de Marzo de 1883.—Montes públicos: improcedencia de la exclusión de uno del Catálogo, solicitada por un particular por constar la posesión á favor del Estado.

El Consejo de Estado en pleno ha emitido en 7 de Febrero último el informe siguiente:

«Excmo. Sr.: En cumplimiento de la Real orden expedida en 20 de Abril de 1880 por el Ministerio del digno cargo de V. E., el Consejo ha examinado el expediente promovido por D. Nicolás Hervás, á nombre de Doña Asunción Hervás, en solicitud de que se excluya del Catálogo de montes públicos de la provincia de Murcia la hacienda denominada Campo-Coy, sita en término de Caravaca.

Resulta que en 6 de Febrero de 1872 acudió el interesado al Gobernador exponiendo que la Doña Asunción ha venido poseyendo pacíficamente una hacienda llamada de Campo-Coy, Diputación de las casas de D. Juan Pedro, compuesta de casa, cortijo y varias suertes de terrenos laborables y montuosos, percibiendo el importe de sus productos forestales como antes lo hizo su señora madre Doña María Josefa Fontes y Fernández de Córdova hasta que en el año pasado, á la sazón 1871, un arrendatario los montes del Estado procedió á recoger los espartos de aquel terrenos, por lo que promovió el oportuno interdicto para que

le amparase, como así tuvo lugar, en la posesión; y concluyó solicitando que, reconociéndosele la propiedad de aquéllos, se decretase su exclusión del Catálogo.

Con la anterior instancia se acompañaba un testimonio comprensivo: primero, del testamento por el que Doña Lucía Melgares, viuda de D. Rodrigo Galtero, instituyó en 1611 un mayorazgo de femineidad de todos sus bienes, sin expresar cuáles eran: segundo, de la división del vínculo aprobada cuanto ha lugar en derecho por auto de 29 de Abril de 1865, y de la que aparece que aquella división se verificó entre Doña María Josefa Fontes y el representante de su hija Doña Asunción Hervás, como inmediata sucesora, á quienes se adjudicaron, entre otros bienes, 44 fanegas, 10 celemines y 2 cuartillos de tierra labrantía, y 186 fanegas, 4 celemines y 2 cuartillos de monte atochar en Campo Coy; una casa cortijo en el mismo sitio, 12 fanegas y 9 celemines de tierra de labor y 7 de pastos en Prado Jerez; 9 fanegas, 7 celemines y 2 cuartillos de labor, y 5 de terreno inculto de monte en la cañada de Murcia; 44 fanegas, 9 celemines de tierras labrantías, y 6 celemines de atochar en la Hoya; 160 fanegas, 9 celemines de las primeras, 3 celemines de las segundas, en el sitio de Cabecicas.

El Ingeniero Jefe manifiesta en su informe de 2 de Octubre de 1872 que, según el documento que presenta el interesado, consta la hacienda de 273 fanegas de tierra de labor, y 343, un celemín y 2 cuartillos de inculto; que se halla comprendida la finca en el monte núm. 7 del Catálogo, en una extensión de 174 hectáreas de tierra de labor y 233 de monte que desde tiempo inmemorial viene considerándose como de dominio público: que no se expresan en el testamento referido cuáles fueran los bienes que tuviese la testadora; y que al formarse la estadística de 1863, el Ayuntamiento de Caravaca no dió intervención de ella á los funcionarios del ramo de montes, por lo que fué protestada, proponiendo el informante que se decretara únicamente la exclusión de las tierras de labor de la citada finca y no las montuosas, en cuyo sentido informa también la Junta consultiva en 16 de Diciembre siguiente, remitiéndose el asunto á consulta de este alto cuerpo, á propuesta del Negociado respectivo, por virtud de la real orden de 24 de Enero de 1874.

Reclamados nuevos antecedentes, aparece de ellos que, según

las certificaciones expedidas por el Ingeniero Jefe, los terrenos montuosos de las referidas haciendas fueron objeto de la visita girada por el Comisario de Marina en 1788, incluídas en la estadística de 1847 y Catálogo de 1859 sin protesta ni reclamación alguna: que en 1849 se subastaron los despojos de un incendio ocurrido en la Cuerda de las Yeguas, donde aquéllos están comprendidos: que sus espartos se subastaron en 1871 y 1874 y sus pastos en 1873, no habiéndolo éstos sido antes por falta de licitadores en las anunciadas desde 1864: que en instancia de 20 de Julio de 1876 expuso D. Nicolás Hervás que no existía más escritura de fundación de mayorazgo que el citado testamento de 1611, en virtud del que habían venido en posesión del vínculo Doña Felipa María Abad, Doña María Josefa Fontes y Fernández, á quien se le dió aquélla judicialmente en 4 de Marzo de 1833 en una finca urbana, á voz y nombre de todos los demás, entre los que, según el representante de esa interesada, figuraba una labor en el partido de Campo-Coy, con casa cortijo, varios cuerpos altos y bajos, corrales para encerrar ganado, eras, ejidos y ensanches: que dicha Doña María Josefa procedió á dividir el vínculo con su hija Doña Asunción, siendo aprobada esta división por auto de 29 de Abril de 1865, en cuya virtud se adjudicó á la referida inmediata sucesora Doña Asunción Hervás la hacienda de Campo-Coy, de lo cual se tomó razón en el Registro de la propiedad, por el que se hace constar en el oportuno certificado que aquella hacienda constaba, según su asiento, de casa cortijo y seis suertes de tierra de labor y monte con diversas cabidas y linderos.

Previo informe de la Administración económica haciendo constar que no figura en sus inventarios la referida hacienda, se remitió el expediente al Ministerio del digno cargo de V. E., y así la Junta consultiva como el Negociado respectivo insisten en sus dictámenes, proponiendo el último, como así se ha acordado, que se consulte el asunto á este alto Cuerpo.

En la finca de Campo-Coy existen, por lo visto, terrenos cultivados y terrenos montuosos, y no intentando ahora el Estado hacer efectivo sobre los primeros ni sobre la casa cortijo der alguno, no procede hacer respecto de ellos declaración alg pudiendo seguir aprovechándolos el actual interesado, com han verificado sus predecesoras, en la forma que tengan por veniente.

Con relación á los terrenos montuosos se han presentado para justificar su adquisición, el testamento otorgado en 1611 por Doña Lucía Melgares y el testimonio de la posesión judicial dada en 1833 á Doña María Josefa Fontes y Fernández de Córdova del vínculo fundado por aquélla, haciéndose mérito además de que el Juzgado de Caravaca amparó por medio de interdicto á Doña Asunción Hervás en la posesión de la hacienda Campo-Coy contra el rematante de los pastos de la misma subastados por el Estado. Podría aparecer á primera vista que con tales títulos se hallaba debidamente justificado el derecho que alega la recurrente, mas no sucede así en realidad, porque ni resulta que el mayorazgo se dotara precisamente con la hacienda Campo-Coy, ni que ésta tuviera en 1833 la extensión montuosa que hoy comprende, ni que se adquiriera por Doña María Josefa ó sus causantes mediante la posesión de más de treinta años.

En cuanto al interdicto de que se viene hablando, el Consejo ha comprobado la certeza de su existencia; pero si se tiene en cuenta que con motivo de él y de otros que estaban en iguales circunstancias, surgió una competencia entre el Juzgado de Caravaca y el Gobernador de Murcia, que el conflicto fué resuelto á favor de la Administración por Real decreto de 28 de Mayo de 1872, se comprenderá fácilmente que después de tal resolución no pueden invocarse con éxito las de la Autoridad judicial, tanto porque se le negó facultad para dictarlas en aquellos casos concretos, como porque constando que el Estado viene utilizando las porciones montuosas de la finca mencionada, por virtud de las subastas anunciadas unas veces y realizadas otras sin protesta ni reclamación alguna desde 1864, es indudable que existe á su favor una posesión, de la que no es lícito privarle sino en forma legal.

Por estas consideraciones entiende el Consejo:

1.º Que no procede hacer declaración alguna acerca de la propiedad de la casa cortijo y terrenos labrados de la hacienda Campo-Coy.

Y 2.º Que debe negarse la exclusión solicitada de los terrenos montuosos comprendidos en ella, que aprovecha y ha venido aprovechando el Estado, reservando al interesado el derecho de que se crea asistido á la propiedad de los mismos, para que lo ejercite ante los Tribunales competentes, si viere convenirle.

Y conformándose S. M. el Rey (Q. D. G.) con el preinserto dictamen, se ha servido resolver como en el mismo se propone. (*Gaceta* de 23 de Marzo de 1883.)

Real decreto de 7 de Julio de 1880.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos. Procedencia del interdicto por fundarse en un estado posesorio y no tratarse de usurpación reciente.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Teruel y el Juez de primera instancia de Calamocha, de los cuales resulta:

Que con fecha 29 de Abril de 1879 el Síndico del Ayuntamiento de Báguena denunció ante el mismo el hecho de que el vecino D. Pedro Pablo Sánchez se hallaba cerrando con paredes de cal y canto un terreno contiguo a su casa, y conocido con el nombre de *Corral de la Dula* por haber estado destinado desde antiguo á encerrar las caballerías del pueblo, siendo, por tanto considerado como de aprovechamiento común, por lo cual pedía el Síndico que se recibiese información testifical sobre la pertenencia de dicho corral, y además se obligase á D. Pedro Pablo Sánchez á presentar los títulos que acreditasen su dominio sobre aquel terreno:

Que así lo acordó la Corporación municipal en el mismo día, asociada de triple número de contribuyentes, declarando cuatro vecinos ancianos del pueblo que, en efecto, recordaban que desde sus primeros años había servido el *Corral de la Dula* para encerrar las caballerías de los vecinos, é ignoraban quién pudiera ser el dueño del mismo:

Que requerido en el mismo día D. Pedro Pablo Sánchez para que exhibiera los títulos de propiedad del corral, no lo verificó, y en su consecuencia, en sesión de 30 de Abril de 1879, acordó el Ayuntamiento que pasase una Comisión á suspender las obras que se estaban ejecutando en el mencionado corral de orden de D. Pedro Pablo Sánchez, acuerdo que el Alcalde comunicó al interesado por medio de oficio:

Que el mismo Sánchez reclamó inmediatamente copia lite del acuerdo que mandó suspender las obras, y como el Ayun miento se negase á facilitarle dicha copia, el interesado acu

en queja al Gobernador de la provincia; y esta Autoridad, en 3 de Junio de 1879, resolvió manifestar al Alcalde, para que lo comunicase á D. Pedro Pablo Sánchez, que tratándose de una cuestión de derecho y de una perturbación de la posesión continuada, según afirmaba el recurrente, el conocimiento del asunto competía á los Tribunales ordinarios, ante los cuales podía el interesado deducir las acciones que le convinieran:

Que en 11 del mismo Junio el Regidor Síndico de Báguena acudió al Juzgado municipal pidiendo que ante el mismo se admitiera una información de testigos para acreditar que el *Corral de la Dula* había estado dedicado al encierro de ésta, y que nunca había sido cedido á Sánchez por el Municipio ni por otra Autoridad, ni menos lo tenía amillarado en el catastro, y pedía también que por el Secretario del Ayuntamiento se certificara si el corral en cuestión figuraba en el catastro como perteneciente á D. Pedro Sánchez ó á su padre político D. Ignacio Rubio:

Que prestada la información, declararon cinco testigos, de los cuales cuatro fueron los mismos que ya habían declarado sobre el particular ante el Alcalde, confirmando todos sus anteriores manifestaciones; y en cuanto al certificado que expidió el Secretario, relativo al catastro, resulta que sólo hace referencia á fincas que pertenecieron al finado D. Mosen Ramón Fuertes:

Que en este estado el asunto, D. Pedro Pablo Sánchez entabló ante el Juzgado de primera instancia de Calamocha, con fecho 20 de Junio de 1879, un interdicto de retener la posesión del Corral de que se ha hecho mérito, fundándose en que el actor, por sí y sus abuelos y padre político, con anterioridad habían venido en posesión tranquila del Corral por espacio de cincuenta años, hasta que en el día 30 de Abril dictó el Ayuntamiento de Báguena la providencia en que se mandó suspender las obras que el actor, como dueño legítimo, estaba practicando:

Que admitido el interdicto y prestada la información testifical correspondiente, celebróse juicio verbal, de cuya acta aparece que la representación del Ayuntamiento demandado contestó á la demanda expresando que no era cierto que D. Pedro Pablo Sánchez hubiese disfrutado la posesión del Corral como suponía, ni tampoco sus abuelos, pues sólo habían tenido aquel terreno en arriendo; y si bien hoy tenía Sánchez la posesión, esta databa de ocho á diez años atrás por abandono del pueblo, debido á ha-

ber desempeñado Sánchez largo tiempo la Secretaría del Ayuntamiento:

Que el Juez dictó auto manteniendo en la posesión al actor, con las prevenciones correspondientes al Ayuntamiento, el cual tan pronto como fué notificado acudió al Gobernador de la provincia pidiendo que requiriera de inhibición al Juzgado:

Que el Gobernador, accediendo á la pretensión, despachó el oportuno requerimiento alegando los antecedentes administrativos del asunto, y exponiendo como fundamentos de su competenencia que el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento en 30 de Abril de 1878 recayó sobre materia de sus legítimas atribuciones, cual es la defensa de los bienes y derechos del Municipio: que se trata de conservar el disfrute y posesión de un corral considerado desde antiguo como de aprovechamiento común: que el acuerdo del Ayuntamiento era ejecutivo, puesto que no necesitaba ser confirmado por el superior jerárgico; y por último, que el interdicto era inadmisible porque contrariaba una providencia de la Administración municipal, tomada dentro del círculo de sus atribuciones; y citaba el Gobernador en apoyo de su razonamiento los artículos 72, 73 y 89 de la ley Municipal:

Que el Juez sustanció el incidente, y de conformidad con el dictamen del Promotor fiscal, sostuvo su jurisdicción teniendo presente que resulta debidamente comprobado hasta por confesión del mismo Ayuntamiento de Báguena que el actor en el interdicto está en posesión del Corral hace más de ocho años, circunstancia bastante para deducir que el acuerdo de la Municipalidad mandando suspender las obras no estuvo dentro de las facultades de conservación de los bienes del Municipio que la ley confiere á los Ayuntamientos: que éstos sólo pueden reivindicar por sí las usurpaciones recientes y manifiestas, pero sin extenderse á hechos posesorios que por su anterioridad constituyen un título civil; entendiéndose por invasión reciente la que se trata de rechazar antes de que haya transcurrido un año y un día desde que aquélla se verificara: que por lo mismo en el caso presente procede el interdicto propuesto, porque no cabe apreciar como providencia legítima de la Administración la que ha dado lugar á la reclamación judicial; y citaba el Juez varias Reales órdenes y decisiones de competencias en casos análogos:

Que el Gobernador, de conformidad con el parecer de la

misión provincial, insistió en el requerimiento, y resultó el presente conflicto, que ha seguido sus trámites.

Visto el art. 73 de la ley Municipal, que en su núm. 3.º encomienda á los Ayuntamientos la administración, cuidado y conservación de los bienes y derechos de los pueblos:

Visto el art. 89 de la misma ley, que prohibe á los Tribunales y Juzgados admitir interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.º Que las facultades concedidas por la ley á la Autoridad municipal para adoptar providencias encaminadas á conservar los bienes y derechos del Municipio, y á reitegrarle en la posesión de esos mismos bienes, están limitadas al caso en que la usurpación fuese reciente y fácil de comprobar, y por tanto no alcanza á alterar el estado posesorio preconstituido de antiguo en favor de un particular:

2.º Que aparece comprobada en las actuaciones la posesión continuada que el actor en el interdicto ha venido disfrutando tranquilamente por lo menos durante ocho años, según afirmó y reconoció el mismo Ayuntamiento de Báguena en el juicio verbal celebrado con motivo del interdicto, circunstancia bastante para suponer que no se trata en el presente caso de rechazar una intrusión reciente y manifiesta verificada por un particular en terrenos del común de vecinos de Báguena:

3.º Que la providencia del Ayuntamiento mandando suspender las obras que se ejecutaban en el Corral en cuestión, en el hecho de inquietar en su posesión al particular que se consideraba poseedor pacífico, debe estimarse adoptada fuera del círculo de las atribuciones legítimas de la Administración, y por lo mismo reclamable por la vía del interdicto;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 6 de Octubre de 1880.)

Real decreto de 29 de Marzo de 1881.—Providencia administrativa en materia de aguas (autorización para barcas de paso): improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de La Coruña y el Juez de primera instancia de Órdenes, de los cuales resulta:

Que en 27 de Junio de 1879 D Benito Rama Varela acudió al Gobernador de la provincia solicitando autorización para establecer una barca de paso en el río Tambre, y sitio del mismo llamado Portomouro; y tramitado el expediente, después de oir las oposiciones que se hicieron á la pretensión de Rama, se otorgó la autorización, previa audiencia de la Comisión provincial:

Que entre las condiciones impuestas en la autorización se encuentra la segunda, que establece que la barca se situara en la heredad titulada Fuente Orraca, propiedad del interesado, siendo embarque la orilla opuesta, donde existe un camino que enlaza con el que se dirige al puente arruinado:

Que el camino de que antes se ha hecho mérito, y que había de servir de punto de embarque, lo consideró el Director de Caminos vecinales de la provincia como público: y á pesar de esto, varios vecinos de la parroquia de San Cristóbal de Portomouro acudieron al Gobernador para que dejara sin efecto la autorización concedida á Rama, fundándose, entre otras razones, en que no tenía el carácter público que se atribuía al camino indicado, sino que era de propiedad particular:

Que desestimada la anterior pretensión, y con objeto de que quedara expedito el camino, el Gobernador ordenó al Alcalde de Bujan requiriera á los que habían construído un muro y cancela en el mismo, á fin de que lo destruyeran, procediendo en otro caso á verificarlo la Autoridad local si aquéllos no lo hacían:

Que en vista de la negativa del Gobernador á las reclamaciones de los vecinos de Portomouro, varios de éstos acudieron al Juzgado de primera instancia con un interdicto de recobrar la posesión en que habían sido perturbados por Benito Rama Varela, introduciendo en el camino de servidumbre particula gente y bestias que desembarcaba, sin hacer caso de las amc taciones, llegando á desmoronar un muro de sostén de part camino donde empieza la invasión:

Que sustanciado el interdicto sin audiencia del despojante, el Juez dictó auto restitutorio, que se llevó á efecto, notificándose al demandado:

Que, en su consecuencia, Rama Varela acudió al Gobernador de la provincia para que requiriera de inhibición al Juzgado, como así en efecto lo hizo, fundándose en que, con arreglo al artículo 211 de la vigente ley de Aguas, es de la exclusiva competencia de los Gobernadores la concesión de barcas de paso, imponiendo los puntos de embarque y demás condiciones que el mismo artículo determina: en que el camino ha sido y es de servicio público, según así lo afirma el Director de Caminos vecinales, y también se deduce de lo que manifiestan muchos vecinos, entre los cuales se encuentran dos de los tres que han promovidb el interdicto, toda vez que en sus solicitudes de oposición aseguran que el camino es de los vecinos del lugar de Puente, y sobre puente, en la parroquia de Portomouro, para cultivar todas las fincas rústicas que hay en el agra do Porto, y que en el mismo camino hay una fuente cuyas aguas aprovechan los vecinos de los precitados lugares para el uso común y diario; siendo de advertir que estos hechos, que se exponen precisamente para probar que el camino es de propiedad particular, demuestran, por el contrario, que es de libre tránsito para todos los vecinos: en que, con arreglo á los artículos 72 y 73 de la vigente ley Municipal, es de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos y Alcaldes, entre otras cosas, el aprovechamiento, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio, debiendo los Gobernadores velar por el cumplimiento de esta parte de la Administración: en que al declarar el Gobierno de provincia en sus providencias que el camino citado era de carácter vecinal y debia dejarse expedito para el servicio de la barca, no era ningún nuevo derecho, sino que se limitó á un acto conservatorio, puesto que de los antecedentes aparece claramente que el repetido camino venía usándose en concepto de servidumbre pública: en que, con arreglo á la Real orden de 8 de Mayo de 1839, art. 89 de la ley Municipal, y 252 de la ley de Aguas, y á jurisprudencia establecida, los Ayuntamientos, y en su caso lo Gobernadores, tienen la facultad de mantener el estado posesorio de los bienes y derechos del aprovechamiento comunal, y por extensión á rechazar las invasiones recientes y fáciles de

comprobar, no pudiendo los Tribunales contrariar por medio de interdicto estos actos administrativos llevados á efecto dentro de las atribuciones que las leyes confieren:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó auto declarándose competente, fundándose en que la cuestión se halla reducida á si el camino que conduce al agra do Porto supone una servidumbre de carácter público, ó es una servidumbre puramente privada en favor de los dueños de las heredades que se hallan en la mencionada agra: en que de las pruebas resulta que el mencionado camino es para el servicio de las indicadas heredades: en que, en virtud de lo expuesto, el asunto que da origen al conflicto se halla reducido pura y simplemente á una materia de derecho civil, y es por lo mismo de la competencia de los Tribunales ordinarios:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 211 de la ley de Aguas vigente, según el cual, el que quiera establecer en los ríos meramente flotables barcas de paso ó puentes para poner en comunicación pública caminos rurales ó barcas de paso en caminos vecinales que carezcan de puentes, solicitará la autorización del Gobernador de la provincia, expresando el punto en que intente colocarlos, sus dimensiones y sistema, acompañando las tarifas de pasaje y servicio. El Gobernador concederá la autorización en los términos prescritos en el artículo anterior, cuidando además que no se embarace el servicio de flotación:

Visto el art. 252 de la propia ley, que determina que contra las providencias dictadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones en materia de aguas no se admitirán interdictos por los Tribunales de justicia:

Considerando:

1.° Que el interdicto incoado por los vecinos de la parroquia de San Cristóbal de Portomouro tiene por objeto impedir el uso del camino señalado en la autorización concedida á Rama Varela para punto de embarque, y por lo tanto, contraría la providencia del Gobernador, que entre las condiciones impuestas para autorizar el establecimiento de la barca en el río Tambre y sitio Portomouro, fijó dicho camino como punto de embarque:

2.° Que asesorada la Autoridad administrativa respecto

carácter público del expresado camino con el informe del Director de Caminos vecinales, y teniendo además presente las circunstancias que en el mismo concurren, las disposiciones adoptadas para establecer en donde lo determinó el punto de embarque lo hizo en uso de las facultades que para ello le conceden las leyes:

3.° Que en tal concepto, tratándose de una vía pública y de una providencia adoptada por la Administración en materia de aguas, no pueden los Jueces y Tribunales admitir interdictos que contraríen dichas providencias;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 8 de Abril de 1881.)

Real decreto de 20 de Marzo de 1882.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos. Posesión de un terreno. Improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Santander y el Juez de primera instancia de aquella capital, de los cuales resulta:

Que con fecha 5 de Agosto de 1880 se presentó al referido Juzgado, y á nombre de D. Andrés Sáez, vecino de Arce, una demanda de interdicto de retener ó recobrar la posesión en que dicho interesado se hallaba de una plaza ó corro de bolos, sito en el referido pueblo y barrio de Monseñor, y en la que el demandante decía hallarse hacía veintiún años por acuerdo del Ayuntamiento de Piélagos, que le autorizó para poner en dicha plaza un juego de bolos, sin que por esto se entendiera que se le daba ni obtenía propiedad alguna en dicho sitio; posesión en la que el referido Sáez aseguraba habían estado también sus antecesores desde inmemorial, y en la que había sido perturbado por Don Joaquín Arce y Peña, quien, en vista de la licencia que le dió el Alcalde y Junta administrativa de Arce, atendido el mal estado en que se encontraba la susodicha plaza, la cual servía para de-] sito de leña del pueblo de Barcenilla hacía más de tres años,] ocedió á la limpia y arreglo de ella para que sirviera al objeto] encionado, como perteneciente al común de vecinos:

Que seguido el interdicto con audiencia del despojante, reci-

bida la información y celebrado el juicio verbal correspondiente, el Juez dictó auto restitutorio en 31 de Agosto de 1880:

Que en este estado, D. Joaquín Arce y Peña acudió al Gobernador de la provincia para que hiciera el oportuno requerimiento de inhibición al Juzgado, como así lo hizo dicha Autoridad, fundándose para ello en que D. Joaquín Arce y Peña había obrado como mandatario de la Junta administrativa del pueblo de Arce; y teniendo esta Corporación la administración de los bienes del mismo en la forma que determinan los artículos 90 y 96 de la ley Municipal, y estableciendo el 72 la obligación que los Ayuntamientos tienen de cuidar y conservar todos sus bienes, era indudable que D. Joaquín Arce y Peña había cumplido un acuerdo legalmente tomado al limpiar la plaza ó corro de bolos en cuestión; así como contra tales determinaciones no procedían los interdictos, á tenor de lo preceptuado en el art. 89 de la ya citada ley:

Que el Juez, después de oir al Fiscal y al demandante en el interdicto, dictó auto declarándose competente para conocer en el asunto, alegando los siguientes fundamentos: que con arreglo á lo preceptuado en el art. 89 de la ya mencionada ley Municipal, el interdicto interpuesto no iba en contra de las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia, sino que, por el contrario, estaba conforme con la providencia del Alcalde de Piélagos, que concedió al querellante la facultad de establecer un juego de bolos en el terreno donde le puso; y en que el demandante Arce se había sometido expresa y tácitamente á la jurisdicción del Juzgado, consintiendo se dictara sentencia en el dicho interdicto y se le notificara, con cuyos actos había reconocido explícitamente aquélla;

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 72 de la ley Municipal, que establece como de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos, y, entre otros particulares, la administración municipal, que comprend aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fi bienes y derechos del Municipio y establecimientos que de é pendan:

Visto el art. 90 de la misma ley, que previene que los pueblos que, formando con otros término municipal, tengan territorio propio, aguas, pastos, montes ó cualesquiera derechos que le sean peculiares, conservarán sobre ellos su administración particular:

Visto el art. 89 de la propia ley, según el cual los Juzgados y Tribunales no admitirán interdictos contra las providencias administrativas y de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia;

Considerando:

1.° Que la presente contienda tiene su origen en la concesión hecha por el Ayuntamiento de Piélagos á D. Andrés Sáez del sitio destinado á juego de bolos en el pueblo de Arce con objeto de que estableciera en él el mencionado juego para diversión del público, y en cuya concesión se expresó que al hacerla no se entendiera que le daba ni obtenía derecho de propiedad alguna sobre el referido sitio, así como en el acuerdo tomado por el Alcalde de barrio y Junta administrativa del mencionado pueblo autorizando á D. Joaquín Arce y Peña para que procediese á limpiar y poner en debida forma la plaza ó corro de bolos indicado, que era propiedad del común de vecinos, á fin de que el pueblo disfrutase de ella con el citado objeto, tratándose por consiguiente de derechos nacidos de actos administrativos tomados por Autoridades de este orden en uso de sus atribuciones:

2.° Que si á la Administración corresponde declarar los derechos siempre que éstos se deriven de ley, reglamento ó acto administrativo, con mayor razón debe corresponderle la declaración de los hechos, amparando y protegiendo en su caso los derechos nacidos de ella misma:

3.° Que en tal concepto, si D. Andrés Sáez se creyó perjudicado por el acuerdo tomado por el Alcalde de barrio y Junta administrativa del pueblo de Arce, debió entablar el oportuno recurso ante las Autoridades administrativas, y en manera alguna acudir á la vía de interdicto, que no es admisible, según el texto legal citado, contra los acuerdos de los Alcaldes y Ayuntamientos en asuntos de su competencia;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. *(Gaceta* del 29 de Marzo de 1882.)

Real decreto de 20 de Abril de 1882.—Disposiciones de Sindicatos de riego. Competencia de éstos para sostenerlas en la vía administrativa. Ineficacia de la sumisión de las partes á los Tribunales ordinarios.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Castellón y el Juez de primera instancia de aquella capital, de los cuales resulta:

Que el Sindicato de riego de Castellón procedió, según el artículo 56 de sus Ordenanzas, á dejar la argamasa ó desaguadero que existía en la acequia nueva que guiaba el agua al molino llamado de Casalduch, desembarazándola de las vigas, tierras y cañas que sobre ella se hallaban, y á consecuencia de estas disposiciones, el Barón de la Puebla acudió á aquella Corporación para que suspendiera toda medida que se encaminara á modificar el estado en que se encontraba la argamasa, protestando además contra los acuerdos del Sindicato sobre este extremo y contra los abusos á que pudiera dar ocasión la falta de facultades de la comunidad de regantes, con reserva de reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios que se le ocasionaran:

Que en vista de la anterior instancia del Barón de la Puebla, el Presidente del sindicato acudió al Juzgado con un interdicto de retener, alegando que la comunidad de regantes, y en su consecuencia el Sindicato de riegos que la representaba, se hallaba en posesión de la argamasa ó desaguadero que existía en la acequia nueva que guía el agua al molino de Casalduch en el estado de alzada hasta la piedra de sillería labrada á dos vertientes, y desembarazando de vigas, tierra y cañas, como asimismo estaba en posesión de las aguas que, derramándose por dicho desaguadero, discurrían por la acequia antigua; que D. Antonio Dolz, apoderado del Barón de la Puebla Tornera, había tratado de inquietar y turbar dicha posesión, presentándose acompañado de cuatro testigos á protestar de la colocación de tablones sobre la argamasa por el acequiero mayor:

Que recibida la información testifical, y convocadas las par para la celebración del juicio verbal, antes de que éste se ver case opuso la representación del Barón de la Puebla la excepci de falta de personalidad en el demandante, la que no se admi

por el Juzgado, y apelada la providencia dada por éste, se desistió de dicha apelación:

Que devueltos los autos por la Superioridad, se personaron nuevamente en el Juzgado ambas partes, y pedido por la del Barón de la Puebla que se previniera al demandante que en el término de tercero día promoviera la prosecución del interdicto, y acordado así por el Juzgado, se notificó al Procurador del Presidente del Sindicato, y aquél desistió de la representación que ostentaba:

Que hecho saber tal desistimiento á la parte actora, ésta hizo presente al Juzgado que, desaprobadas por la comunidad de regantes en junta general todas las partidas referentes á gastos y costas ocasionadas en este y en otros interdictos, el actual Sindicato no podía continuar en la prosecución del litigio, mucho menos tratándose de la observancia de uno de los artículos de las Ordenanzas de la comunidad formadas por la misma y aprobadas por Real orden, cuyo conocimiento estaba reservado única y exclusivamente á las Autoridades del orden administrativo:

Que el Presidente del Sindicato acudió también al Gobernador para que esta Autoridad requiriera de inhibición al Juzgado, la cual así lo hizo, fundándose en que mandados constituir de oficio los Sindicatos de riego con arreglo á la ley de Aguas, la comunidad de regantes formó sus Ordenanzas, aprobadas por Real orden de 27 de Abril de 1878, en las cuales se encuentra, entre otros, el art. 56, según el cual, la argamasa ó desaguadero dejado al tiempo de fabricarse la acequia nueva era la medida del agua que el molino de Casalduch, propiedad del Barón de la Puebla, podía recibir y utilizar, debiendo caer lo sobrante en la acequia vieja, en que el Barón de la Puebla, en virtud de una autorización administrativa, colocó sobre la argamasa un atajado de madera y tierra: que formadas y aprobadas las Ordenanzas, en las que se encuentra el art. 56 ya citado, no se hizo por el referido Barón de la Puebla ninguna clase de reclamación: en que constituído el primer Sindicato, con arreglo al art. 237 de la ley de Aguas de 1866, tenía el deber, entre otros, de vigilar los intereses de la comunidad, promover su desarrollo y defender sus derechos: en que la obstrucción de la argamasa producía una sensible alteración en los derechos, mejorando las condiciones de riego de unos campos en perjuicio de otros: en que ni el Barón

de la Puebla fundaba su derecho en título alguno civil, sino en una concesión administrativa, ni el Sindicato hizo otra cosa que dar cumplimiento á un acuerdo también administrativo, inspirado en la voluntad de la comunidad de regantes y tomado en uso de sus facultades: en que siendo un asunto puramente administrativo, no debió someterse á los Tribunales de justicia: en que cuando el perjuicio que se causa con unas obras en un cauce lo es al interés colectivo, á la Administración corresponde conocer de ello, por ser la encargada de hacer que se cumplan los reglamentos, Ordenanzas y demás disposiciones relativas á la conservación de las obras y policía de las aguas; el Gobernador aducía, por último, otras razones y citas legales relativas al carácter de corporaciones administrativas que tienen los Sindicatos y al carácter administrativo también de la cuestión de que se trata:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó auto declarándose competente, alegando que el Barón de la Puebla entabló su reclamación por medio de instancia dirigida al Sindicato, siendo éste quien la convirtió en judicial acudiendo á la vía del interdicto para sostener sus desconocidos derechos: que la misma corporación que había promovido el conflicto, fundándose en que era una cuestión administrativa, atacaba al hacerlo sus propios actos y se separaba de su propio criterio: que ninguna de las disposiciones y leyes citadas por el Sindicato en su oficio podían tener aplicación al caso en cuestión, por no haberse intentado por nadie desconocer su autoridad, ni se había verificado ninguno de los hechos ó infracciones que pudieran servir de fundamento á la jurisdicción administrativa: que aun tomando en cuenta como origen del conflicto la exposición promovida por el Barón de la Puebla, siempre resultaría que en ello se trataba de una posesión antigua, que no puede perturbarse, y de un derecho puramente civil, reconocido además por la misma Administración: que la pared de la argamasa estaba construída en la acequia nueva, propiedad del Barón de la Puebla, según éste manifestaba en su instancia, aunque el Sindicato lo negase; y, por último, que se trataba de aguas que corren fuera de su curso natural y de derechos fundados en título civil:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provin insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto e sente conflicto, que ha seguido sus trámites.

Visto el art. 56 de las Ordenanzas para el gobierno y distribución de las aguas de las acequias de la huerta de Castellón de la Plana, que dispone que habiéndose considerado por conveniente, al tiempo que se fabricó la acequia nueva que guía el agua al molino llamado de Casalduch, dejarle una pared de cal y canto, llamada argamasa ó desaguadero, para que el agua sobrante caiga en la acequia antigua y se evite el que retroceda, deberá mantenerse dicho desaguadero en el estado actual en que se halla con piedras de sillería, labradas á dos vertientes, y siempre que dicho desaguadero ó argamasa lo embarazase el molinero ú otro cualquiera con vigas, cañas ú otro artificio, sin licencia del acequiero, incurrirá el que lo hiciere en la pena que se consigna en las Ordenanzas del Sindicato:

Visto el art. 66 de las propias Ordenanzas, que encomienda al Sindicato la observancia de las mismas y la ejecución de los acuerdos de la comunidad:

Visto el núm. 2.°, art. 253 de la ley de Aguas vigente, que encomienda al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa los recursos contra las providencias administrativas en materia de aguas cuando por ellas se lastiman derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administración:

Visto el núm. 2.°, art. 237 de la propia ley, que señala entre las atribuciones del Sindicato la de dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales:

Considerando:

1.° Que el presente conflicto se ha suscitado á consecuencia del interdicto incoado por el Sindicato de riegos de Castellón, por creerse amenazado en la posesión de la argamasa ó desaguadero que existe en la acequia nueva que conduce el agua al molino de Casalduch, en virtud de las protestas y reclamaciones hechas por el Barón de la Puebla Tornera, dueño del expresado molino, contra los acuerdos y disposiciones del Sindicato, que tenían por objeto el cumplimiento del art. 56 de las Ordenanzas de riego de aquella comunidad:

2.° Que según afirma el Gobernador y no se encuentra desvirtuado en autos, los derechos que el Barón de la Puebla ostenta contra las disposiciones del Sindicato nacen de una concesión

administrativa, cuya extensión y alcance sólo á las Autoridades de este orden corresponde determinar, y á las cuales incumbe asimismo fijar la interpretación y aplicación que de las Ordenanzas haga el dicho Sindicato si de ello resultaren lastimados derechos nacidos de una concesión administrativa:

3.° Que la sumisión de las partes á los Tribunales ordinarios no da á éstos jurisdicción para conocer de un asunto que está reservado á las Autoridades administrativas, porque tratándose de una cuestión de orden público, como es la de la competencia, no puede ésta quedar sometida al interés de los particulares:

4.° Que tratándose en este caso de disposiciones emanadas de una corporación administrativa, como es el Sindicato de riegos, á la misma y á sus superiores jerárquicos corresponde sostener aquellas disposiciones en la vía y forma que para tales casos disponen las leyes;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 1.° de Mayo de 1882.)

Real decreto de 20 de Abril de 1882.—Aguas: providencias dictadas por el Síndico de una acequia referentes á dueños de tierras que no forman parte de la comunidad de regantes: procedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Valencia y el Juez de primera instancia del distrito de Serranos de aquella capital, de los cuales resulta:

Que en 22 de Septiembre de 1881 el Procurador D. Ignacio Torres, a nombre de D. Camilo Causá, D. José de Egaña y el Marqués de Benamejís de Sistallo, presentó interdicto de recobrar la posesión de las aguas sobrantes y escorrentías de la acequia de Rascaña, con las cuales, unidas á las que nacen en la fuente de Carpesa, venían en posesión de regar las tierras llamadas Les Alters, y de las que habían sido despojados por el Síndico de la referida acequia de Rascaña Tomás Giner, quien cerró con compuerta y llave el brazo llamado de Palmaret, que siempre había permanecido abierto, excepto cuando los regantes te-

nían necesidad de cerrarlo para regar ellos: alegaban en su escrito que las referidas tierras, llamadas francas ó extremales, porque no tienen derecho al agua de lo comunal ni pagan cequiaje, aprovechan los sobrantes cuando los hay, teniendo desde inmemorial preferencia en el aprovechamiento las más altas á las más bajas:

Que con su demanda presentaron testimonio de la sentencia recaída en el interdicto de recobrar, interpuesto en el año de 1869 por el mismo Procurador, en nombre de los referidos demandantes, contra el propio Síndico de la acequia de Rascaña Tomás Giner, con motivo de haberles despojado del mismo derecho que reclamaban, en cuya sentencia se les mandó restituir en la posesión; testimonios asimismo del requerimiento de inhibición, hecho por el Gobernador de la provincia de Valencia al Juzgado que entendía en el interdicto; de la sentencia del Juez inhibiéndose del conocimiento del mismo; de la apelación interpuesta, en la que recayó sentencia de la Sala correspondiente de la Audiencia del distrito revocando la dictada por el Juez y sosteniendo la competencia de la jurisdicción ordinaria, y por último, del oficio del Gobernador desistiendo de la competencia:

Que sustanciado el interdicto, el Juez dictó auto mandando restituir en la posesión á los despojados; y el Gobernador de la provincia de Valencia, á instancia del Síndico de la acequia de Rascaña, requirió de inhibición al Juzgado, alegando: que correspondía á la Junta directiva de la acequia, con arreglo á sus Ordenanzas, la administración de las aguas que por ella discurren, hasta el mar, según había resuelto la Comisión provincial en 30 de Octubre de 1871: que este derecho le estaba reconocido también por otras resoluciones acerca de las aguas extremales de la comunidad, y en particular por el acuerdo de la Junta de 9 de Diciembre de 1880, tomado en vista de la comunicación del Gobierno de la provincia, fecha 27 de Noviembre del mismo año, en el que se dispuso estar á lo acordado en 12 de Enero de 1861, en que se mandó nombrar un tandeador para la buena y equitativa distribución de las aguas de los brazos de Calvet y Palmar: que todas estas resoluciones se hallaban robustecidas por el art. 176 de la ley de Aguas: que el uso y distribución de las aguas públicas sujetas á régimen y Ordenanzas es de la competencia de los sindicatos, con alzada al Ayuntamiento y al Gobierno de la pro-

vincia; y que los Tribunales no pueden admitir interdictos contra las providencias de la Administración en materia de aguas; y citaba el Gobernador en apoyo de su requerimiento los artículos 176, 237 y 252 de la vigente ley de Aguas:

Que sustanciado el artículo de competencia, el Juez dictó auto declarando corresponderle el conocimiento del asunto, por considerar que el interdicto en cuestión no se refería á la posesión de aguas públicas sujetas al régimen de las Ordenanzas de la acequia de Rascaña, sino al aprovechamiento de las sobrantes y escorrentías de dicha acequia, no sujetas á régimen ni Ordenanzas de ninguna clase: que el uso que de las mismas hacían los dueños de las tierras altas con preferencia á las bajas se fundaba en un título de derecho civil, como es la prescripción: en que así lo había reconocido el Gobernador al desistir de la competencia suscitada en 1869: en que se trataba en este caso de aprovechamiento de aguas por largo tiempo y en favor de particulares, el cual constituye un derecho civil que sólo puede apreciarse por los Tribunales ordinarios:

Que la Comisión provincial emitió el dictamen pedido por el Gobernador, y propuso que esta Autoridad desistiera del requerimiento, fundándose para ello en que el interdicto en que se requería era reproducción del interpuesto en 1869; y en que tratándose del dominio y posesión de aguas privadas, correspondía á los Tribunales el conocimiento del asunto:

Que el Gobernador, considerando que el Síndico de la acequia era un Delegado de la Administración y no un particular, y que la posesión alegada por los actores había sido interrumpida por varias providencias administrativas, dictó acuerdo insistiendo en su requerimiento, de lo cual ha resultado el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el cap. XIII de la ley de Aguas vigente, que trata de la comunidad de regantes y sus síndicos y de los Jurados de riego, y en particular el art. 230, en que se establece que toda comunidad tendrá un Sindicato elegido por ella y encargado de la ejecución de las Ordenanzas y de los acuerdos de la misma comunidad:

Visto el art. 237 de la misma ley, que determina en su últi párrafo que las resoluciones que adopten los sindicatos de rieg dentro de sus Ordenanzas, cuando procedan como Delegados

la Administración, serán reclamables ante los Ayuntamientos ó ante los Gobernadores de provincia, según los casos:

Visto el núm. 1.° del art. 254 de la propia ley, que declara de la competencia de los Tribunales que ejercen la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y al dominio de las privadas y su posesión:

Visto el art. 255 de la citada ley, que declara que corresponde también á los Tribunales de justicia el conocimiento de las cuestiones que se susciten entre particulares sobre preferencia de derecho de aprovechamiento: segundo, de las demás aguas fuera de sus cauces naturales, cuando la preferencia se funde en títulos de derecho civil:

Considerando:

1.° Que según resulta acreditado, las tierras llamadas Les Alters, entre la acequia de Rascaña y la calle de Sagunto, no tienen derecho á las aguas de la comunidad de Rascaña, ni contribuyen á sus gastos, y que por lo tanto, los dueños de dichas tierras no forman parte de la comunidad de regantes:

2.° Que el síndico de la acequia, al dictar la providencia contrariada por el interdicto, no ha podido obrar, por consiguiente, dentro de las Ordenanzas, por delegación administrativa, que sería el caso en que pudiera conocer de este asunto la Administración.

3.° Que los actores alegan un derecho á la preferencia, fundado en título de derecho civil, cuyo examen corresponde á los Tribunales:

4.° Que no apareciendo en este caso el síndico como Delegado de la Administración, puede admitirse el interdicto contra sus providencias, sin que se contraríe el precepto del art. 25? de la ley de Aguas;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 3 de Mayo de 1882.)

Real decreto de 4 de Febrero de 1880.—Aguas. Las cuestiones acerca del cauce de una acequia son de derecho privado: procedencia del interdicto.

En los autos y expediente de competencia suscitada entre la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete y el Gobernador de la provincia de Murcia, de los cuales resulta:

Que D. Francisco y D. Evaristo Llanos solicitaron en 1869 de la Autoridad local de la villa de Mula el permiso para ensanchar la cerca de la fábrica de batir cobre, de la propiedad de los mismos, por terrenos contiguos, y aun de edificar sobre el cauce ó acequia que conduce las aguas del Heredamiento:

Que el Alcalde de dicho pueblo, en comunicación de 20 de Marzo de 1869, hizo presente á los indicados D. Francisco y Don Evaristo Llanos que lo que solicitaban les estaba concedido por el art. 136 de la ley de Aguas de 1866, con los derechos y obligaciones que determina el 137 de la misma, teniendo presente que la Corporación municipal ni debe discutir ni puede negar lo que la ley permite y autoriza: que por tal motivo, los dejaba en el uso de su derecho, y caso necesario les facultaba para las obras que solicitaban, advirtiéndoles, sin embargo, que en el caso, no expresado en la solicitud, de ocupar con el ensanche de la cerca alguna vía ó terreno público, deberían impetrar previamente el permiso y concesión del Ayuntamiento, que podría negarlo ó concederlo con las condiciones que creyera convenientes al servicio público; y en el de tener que variar el curso de las aguas que, como fuerza motriz, vienen utilizando, pidieran dicho permiso á la misma Corporación, que tiene el dominio de la veintena parte de dichas aguas, y al Heredamiento, que es dueño en las restantes:

Que en 20 de Enero de 1874 volvieron los mismos interesados á solicitar del Ayuntamiento de Mula que les concediera permiso para extender la cerca de la referida fábrica de batir cobre, tomando para ello el todo ó parte de las vías públicas contiguas, y obligándose á construir otras con iguales ó mejores condiciones. acordando la Corporación municipal, en sesión de 25 del mismo mes, el permiso que se solicitaba para ocupar el todo ó parte los caminos vecinales, con la obligación que los solicitantes presaban en su instancia:

Que en su vista, los dueños de la referida fábrica ó martinete empezaron las obras de ensanche de la cerca expresada, á consecuencia de lo cual el Heredamiento de aguas de la villa de Mula acudió al Juzgado de primera instancia en 13 de Septiembre de 1878 con un interdicto de recobrar la posesión de la acequia mayor por donde discurren las aguas para distribuirlas en el riego de su huerta, de cuya posesión había sido despojado por D. Manuel Llanos Guilién, como encargado de sus hijos D. Francisco y D. Evaristo:

Que sustanciado el interdicto sin audiencia de los despojantes, el Juez dictó auto restitutorio, que fué notificado á los demandados, quienes apelaron de él para ante el Tribunal superior:

Que á su vez los dueños del expresado martinete acudieron al Gobernador de la provincia para que requiriera de inhibición á la Autoridad judicial en el conocimiento de este asunto:

Que estimada en efecto la anterior pretensión, el Gobernador dirigió al Juzgado el oportuno requerimiento; y por estar ya admitida la apelación para ante la Superioridad, se remitieron los autos á la misma, poniéndolo así en conocimiento del Gobernador de la provincia, quien reprodujo á la Sala de lo civil de la Audiencia el requerimiento de inhibición, fundándose en que contra las providencias administrativas dictadas por los Alcaldes y Ayuntamientos en asuntos de su competencia no pueden los Juzgados y Tribunales admitir interdicto: en que las autorizaciones concedidas á D. Francisco y D. Evaristo Llanos para ensanchar la cerca y para ampliarla y variarla, ocupando una parte de la vía pública, han sido dictadas por el Alcalde y Ayuntamiento de la villa de Mula en virtud de sus legítimas atribuciones; y citaba la Autoridad gubernativa los artículos 89, número 2.° del 72, y núm. 2.° del 73 de la ley Municipal vigente, Real orden de 8 de Mayo de 1839, varias sentencias del Tribunal Supremo y art. 57 del Reglamento de 25 de Septiembre de 1863:

Que sustanciado el conflicto, la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete dictó auto declarándose competente, fundándose en que negada autenticidad á la comunicación de 2 de Marzo 1869, y no habiéndose comprobado su legitimidad, el permiso ue se contrae y que se presupone concedido por el Alcalde de la, no es un hecho que pueda y deba estimarse como cierto al jeto de derivar de él consecuencia alguna legal: en que aun ad-

mitida la realidad de dicho permiso con el acuerdo del Ayuntamiento de 25 de Enero de 1874, los autos que dieron lugar al interdicto difieren en mucho, y no cabe sostener que están dentro de la aludida autorización: en que la autorización del Ayuntamiento, limitada á que pudieran cerrar y acotar los caminos vecinales, no ha sido contrariada con el interdicto, puesto que es un particular que no se menciona en el mismo; y respecto á la autorización concedida por el Alcalde, la misma generalidad con que está concedida, sin determinar nada concreto, excluye las obras realizadas bastantes años después, además de que no merecería la consideración de una providencia administrativa adoptada en el círculo de sus atribuciones: que no tienen aplicación los fundamentos aducidos por el Gobernador, ni los artículos 118 y siguientes de la ley de Aguas que invocan los querellados: que tampoco existe cuestión sobre el modo de aplicar las Ordenanzas por que se rige la distribución de las aguas en la huerta de Mula, ni el interdicto se dirige á menoscabar atribución alguna de la Administración: que ésta es notoriamente incompetente para reclamar el conocimiento de un asunto en el que se controvierte acerca de la posesión de unas aguas privadas; y siendo por lo tanto derechos entre particulares los que se dilucidan, corresponde su conocimiento á los Tribunales de justicia:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites.

Visto el núm. 3.°, art. 254 de la ley de Aguas de 13 de Junio último, según el cual compete á los Tribunales que ejercen la jurisdicción civil las cuestiones relativas á la servidumbre de aguas y paso por las márgenes, fundadas en título de derecho civil:

Considerando:

1.° Que el presente conflicto se ha suscitado á consecuencia de las obras ejecutadas por D. Francisco y D. Evaristo Llanos para ensanchar la cerca de un martinete, propiedad de los mismos, en el término municipal de la villa de Mula:

2.° Que dirigido el interdicto de recobrar el cauce de la acequia del Heredamiento de aguas de la villa de Mula, y no habiendo la Administración alegado para sostener su competencia que di-

cauce sea una servidumbre establecida con arreglo á la ley de Aguas, es evidente que toda cuestión que sobre el mismo cauce se ventile ha de resolverse como un derecho privado ante los Tribunales de justicia:

3.° Que el interdicto no contraría la autorización concedida por el Ayuntamiento en el año de 1874, con objeto de que se pudiera ocupar en todo ó en parte caminos vecinales para ensanchar la mencionada cerca de la fábrica propiedad de D. Francisco y D. Evaristo Llanos, puesto que dicho interdicto hace referencia únicamente al cauce de las aguas que el Heredamiento cree pertenecerle, extremo independiente de la autorización otorgada por la Administración municipal;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 19 de Abril de 1880.)

Real decreto de 11 de Diciembre de 1884.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos (cesión de terrenos): improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia promovida entre el Gobernador de la provincia de Vizcaya y el Juez de primera instancia de Bilbao, de los cuales resulta:

Que el Ayuntamiento de Bilbao celebró en 13 de Octubre de 1883 y ante el Notario D. Calixto Ansuategui, escritura de permuta de ciertos terrenos con los Sres Zabalburu hermanos, mediante la cual, y con arreglo á las bases acordadas por la Corporación municipal y aprobadas por Real orden de 6 de Septiembre del mismo año, se cedían mutuamente ciertos terrenos enclavados en el ensanche de la villa de Bilbao, encontrándose entre los que daba el Ayuntamiento á sus copermutantes los conocidos con el nombre de Campa de Mena:

Que en 27 de Diciembre siguiente el representante del Ayuntamiento de Abando presentó ante el Juzgado de Bilbao demanda e interdicto contra D. Antonio Arluciaga, administrador de los hermanos Zabalburu, para que le reintegrase á aquél en la posesión de la Campa de Mena, en la cual estaba el referido Ayunta-

miento, y de la que le despojaba el demandante con la apertura de zanjas y edificación de muros que venía haciendo en ellas:

Que admitido el interdicto, el Gobernador de Vizcaya, á instancia del Alcalde de Bilbao, requirió de inhibición al Juzgado de aquella capital, alegando que los terrenos cuya posesión pretendía conservarse por medio del interdicto habían sido cedidos por el Ayuntamiento de Bilbao á los Sres. Zabalburu con arreglo al art. 85 de la ley Municipal, y que no podían admitirse interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia, según dispone el art. 89 de la misma ley:

Que sustanciado el incidente de competencia, el Juez dictó auto inhibiéndose del conocimiento del interdicto por estimar acertados los fundamentos del requerimiento:

Que apelado este auto, la Audiencia de Burgos, después de dar á la alzada la sustanciación prevenida, dictó auto revocando el apelado y mandando al Juez insistir en su competencia por considerar que el interdicto no se dirigía contra providencia alguna de la Autoridad administrativa ni invalidaba los acuerdos del Ayuntamiento relativos á la permuta de terrenos; cuyo auto fué cumplimentado por el Juez:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 85 de la ley Municipal, que en su párrafo tercero determina que es necesario la aprobación del Gobierno, previo informe del Gobernador, oyendo á la Comisión provincial, para todos los contratos relativos á los demás bienes inmuebles del Municipio, derechos reales y títulos de la Deuda pública:

Visto el art. 89 de la misma ley, que dispone que los Juzgados y Tribunales no admitirán interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia; los interesados pueden utilizar para su derecho los recursos establecidos en los artículos 171 y 177 de esta ley:

Considerando:

1.° Que la cesión de terrenos en la Campa de Mena hech el Ayuntamiento de Bilbao á D. José, D. Mariano y D. Fran Zabalburu se llevó á cabo en virtud de un acuerdo del Ayu miento, aprobado por la Superioridad, y con objeto de aten

uno de los fines propios de la Administración municipal, como es la apertura y alineación de calles; por lo cual, ya se atienda á su objeto, ya á los trámites que le precedieron, no puede tener dicho contrato otro carácter que el de ejecución de providencias administrativas:

2.° Que cualquier reclamación que contra aquel contrato se intente tiende á contrariar providencias de la Administración, por lo cual no pueden admitirse las que se susciten por la vía del interdicto:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 14 de Diciembre de 1884.)

Real decreto de 29 de Noviembre de 1884.—Providencia administrativa en materia de aguas. Improcedencia del interdicto contra ellas.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Valladolid y el Juez de primera instancia de Medina del Campo, de los cuales resulta:

Que en sesión celebrada por el Ayuntamiento de Tordesillas en 28 de Febrero del presente año, el Regidor Síndico del mismo propuso á dicha Corporación que creía necesario y oportuno proceder á practicar la obra denominada Cogida de la toma de Zapardiel en el modo y forma que se había venido practicando en años anteriores, por ser conveniente para el riego de las hierbas del prado que el Ayuntamiento posee, y en su vista, éste acordó se instruyera el oportuno expediente y se formase el pliego de condiciones, bajo el cual habría de sacarse á pública subasta la expresada obra, adjudicándola al mejor postor:

Que llevado á efecto el acuerdo antes mencionado, se practicaron las obras referidas, y en su vista, el Procurador D. Florencio Espián y Seco, á nombre de D. Joaquín Estévez Martín, administrador de los bienes del Marqués de Castroserna, acudió al Juzgado en 7 de Marzo último con un interdicto de recobrar, alegando que el Marqués de Castroserna se hallaba en posesión quieta y pacífica de dos prados, denominados el uno de la Alameda y el otro de los Toros, situados á la izquierda y derecha

del río Zapardiel, en el término de Foncastín, anejo de la villa de Rueda, cuyos prados hacía muchísimos años venían regándose con las aguas del expresado río; que en los días 5 y 6 de aquel mes varios operarios, por mandato del Alcalde y Ayuntamiento de Tordesillas, habían hecho una presa ó toma de aguas para regar un prado que á la izquierda del río mencionado posee el referido Ayuntamiento, para cuyo fin, pasando el dicho río, habían ido colocando césped de una á otra orilla, viniendo oblicuamente á terminar en el prado llamado de los Toros, propiedad del actor, con lo cual se había despojado á éste de la ribera y margen del repetido prado, así como de la mitad de las aguas del río, é impuesto también una servidumbre ó gravamen que nunca tuvo la finca de que se trata, causando al actor los perjuicios consiguientes:

Que practicada la información testifical, se convocó á las partes para la celebración del juicio verbal, y citado el Ayuntamiento, éste, sin personarse en autos, acordó en sesión de 15 de Marzo último que se pusiera en conocimiento del Gobernador la demanda entablada, con los antecedentes del asunto:

Que el Gobernador, en su vista, requirió al Juzgado para que se inhibiera de conocer en el negocio, fundándose en que, según lo expresamente determinado en el art. 83 de la ley Municipal, los acuerdos de los Ayuntamientos en asuntos de su competencia son inmediatamente ejecutivos, salvo los recursos que determinan las leyes, sin que los Juzgados y Tribunales puedan admitir interdictos contra los expresados acuerdos, según previene el artículo 89 de la misma ley; en que el asunto á que se refería el acuerdo contra el cual se reclamaba era de los comprendidos en los citados artículos de la ley Municipal, y más concretamente en el 72, que somete á la exclusiva competencia de las Corporaciones municipales cuanto sea necesario para el fomento de sus intereses materiales, entre los cuales están comprendidos los bienes de Propios, como lo es el prado de Zapardiel, en el cual se habían llevado á cabo las obras necesarias para el riego; en que para mantener dentro de los límites de su respectiva competencia á las jurisdicciones administrativa y ordinaria, se reproducido prescripciones análogas en el Real decreto de 1 Agosto de 1877 y otras disposiciones para que en asuntos d competencia de los Ayuntamientos no se admitan demandas

interdicto, sin perjuicio de los recursos administrativos que las leyes reconocen á los particulares que se crean perjudicados en sus derechos:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó auto declarándose competente, alegando: que si bien los artículos 83 y 89 de la ley Municipal establecen que las providencias administrativas dictadas por los Ayuntamientos en asuntos de su competencia son inmediatamente ejecutivas, y contra ellas no admitirán interdictos los Jueces y Tribunales, dichas disposiciones no tenían aplicación al caso de que se trataba, ya porque no estaba justificado en ninguna forma que la construcción de la presa objeto del interdicto se hiciera en virtud de providencia del Ayuntamiento de Tordesillas, ya también porque aunque ésta hubiera existido, no cabe admitir ni puede aceptarse que dicho Municipio se atribuyera facultades y atribuciones y competencia de que en absoluto carecía para disponer de terrenos que no le pertenecen y se hallan fuera de su término jurisdiccional, como sucede con el prado llamado de los Toros, en donde descansa uno de los extremos de la presa en cuestión: que este prado se halla enclavado en el término de Foncastín, anejo del Ayuntamiento de Rueda, y propiedad del Marqués de Castroserna, y por consiguiente, con arreglo á lo establecido en el art. 90 de la misma ley Municipal, se halla bajo la jurisdicción de dicho Ayuntamiento de Rueda, único que sobre sus terrenos, aguas, pastos, montes y demás, podría en todo caso dictar providencia: que no existía tampoco antecedente alguno en orden á demostrar que por el Ayuntamiento de Tordesillas se hubiese cumplido lo que preceptúa la Real orden de 14 de Junio de 1883 é instrucción dictada para la tramitación de aprovechamientos de aguas, según la cual lo primero que hay que acreditar es la conformidad de los propietarios colindantes á las que como propias se intenten regar: que aun admitiendo que pudiera imponerse al demandante la servidumbre de estribo de la presa en cuestión, con arreglo al art. 102 de la ley de Aguas, nunca hubiera podido hacerlo por sí ni ante sí dicho Ayuntamiento, sino que necesitaba previamente obtener la autorización oportuna, y de consiguiente, al no haber cumplido con lo que para el caso determina la repetida ley, se comprobaba una vez más que había obrado fuera de su competencia y sin jurisdicción, no pudiendo, por tanto, invocar los

beneficios de la ley Municipal: que el art. 254 de la ley de Aguas no deja lugar á duda al declarar que compete exclusivamente á los Tribunales ordidarios el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio y posesión de las aguas públicas y privadas, así como de los álveos, cauces y riberas cuya prescripción decidía claramente el conflicto jurisdiccional, que versaba precisamente sobre perturbación en la posesión de aguas, ya se consideren públicas ó privadas, y de las riberas del río Zapardiel en el punto objeto del litigio: que tratándose de derechos civiles nacidos de la propiedad ó posesión de un particular, no podía desconocerse la perfecta competencia del Juzgado para cuanto á los mismos afecte; y citaba el Juez varias decisiones de competencia y Reales decretos sentencias en apoyo de su jurisdicción:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Que remitidas las actuaciones á la Presidencia del Consejo de Ministros, y por este centro al Consejo de Estado, la Sección de Estado y Gracia y Justicia del mismo, en su calidad de Ponente, y para dar al expediente la debida instrucción, creyó necesario esclarecer el extremo invocado por el actor y por el Juez, relativo á que el sitio en donde la presa para la toma de aguas se había construído no pertenecía al término municipal de Tordesillas, sino al de Foncastín, anejo del Ayuntamiento de Rueda; y conformándose la Presidencia del Consejo de Ministros con lo propuesto por la expresada Sección del Consejo de Estado, se dictó la oportuna Real orden para la práctica de las diligencias acordadas:

Que del reconocimiento llevado á cabo aparece que el perito práctico nombrado por el Juez para esta operación manifestó que uno de los estribos de la presa se encontraba en jurisdicción de Tordesillas, y el otro en término de Foncastín: que no conformándose las partes ni apareciendo c ara esta manifestación del perito, el Juzgado acordó practicar una inspección ocular, de la cual resultó, con completa conformidad de los interesados: que á 390 pasos en dirección Este á partir de la presa existe un r jón de piedra que separa dichos términos, colocado sobre la ri que los divide, dejando ésta en dicho punto todo el río Zap diel dentro de la jurisdicción de Tordesillas; y que desde

misma presa en la dirección contraria, ó sea al Oeste, dicho río Zapardiel se encuentra todo él dentro del término jurisdiccional de Foncastín, sin que desde el mojón ó raya sea posible determinar á quién pertenece el río hasta la presa; por el Ayuntamiento de Tordesillas se adujeron algunos documentos con relación á lo que resulta del catastro de aquella Corporación municipal:

Visto el art. 2.° de la ley Municipal, según el cual es término municipal el territorio á que se extiende la acción administrativa de un Ayuntamiento:

Visto el núm. 3.°, art. 72 de la propia ley, que encomienda á la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la Administración municipal, que comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y establecimientos que de él dependan:

Visto el art. 89 de la referida ley, que prohibe á los Juzgados y Tribunales admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Visto el párrafo segundo, art. 186 de la ley de Aguas, que determina que también autorizarán los Gobernadores la reconstrucción de las presas antiguas destinadas á riegos ú otros usos. Cuando las obras que hayan de ejecutarse sean de conservación ó nueva reparación y no alteren las condiciones del aprovechamiento, podrán llevarse á cabo sin previa autorización, pero dando de ello conocimiento al Gobernador de la provincia:

Visto el núm. 1.°, art. 284 de la citada ley de Aguas, que encomienda á la competencia de los Tribunales que ejercen la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y su posesión:

Considerando:

1.° Que de los reconocimientos practicados para determinar el término municipal á que pertenece el sitio donde se ha construído la presa objeto del interdicto, aparece claramente que uno de los estribos de la misma se halla construído en jurisdicción de Tordesillas, así como respecto del otro estribo de dicha presa no consta de una manera terminante si se encuentra en jurisdicción de Foncastín, anejo del Ayuntamiento de Rueda, ó dentro del término municipal de Tordesillas; pero que no habiendo

prueba en contrario y asegurando el Alcalde de este último pueblo que se halla dentro de su término municipal, sin que esta aseveración haya sido contradicha por el Alcalde de Rueda, presente también al acto, hay que admitir que se encuentra dentro del término á que alcanza la acción administrativa del Ayuntamiento demandado:

2.° Que en tal concepto, la expresada Corporación municipal, al disponer las obras necesarias para el riego de un prado propiedad de la misma, según venía haciéndose en años anteriores, tomó un acuerdo que tenía por objeto el aprovechamiento, cuidado y conservación de los bienes que correspondían al Municipio, lo cual estaba dentro de las atribuciones que la ley encomienda á aquella Corporación:

3.° Que tratándose de la reconstrucción de una presa que no altera las condiciones del aprovechamiento de las aguas que discurren por el río Zapardiel, el Ayuntamiento sólo tenía obligación de poner el hecho en conocimiento del Gobernador, á tenor de lo dispuesto en la ley de Aguas vigente:

4.° Que los Tribunales ordinarios sólo tienen facultades para conocer del dominio de las aguas públicas, pero no de las cuestiones de posesión de esas mismas aguas cuando éstas discurren por sus cauces naturales:

5.° Que si bien no ha debido admitirse ni dar curso al interdicto incoado por el Marqués de Castroserna, esto no obsta para que el mismo pueda utilizar sus derechos en el correspondiente juicio de propiedad;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 22 de Diciembre de 1884.)

Real decreto de 9 de Junio de 1885.—Actos particulares de autoridades administrativas. Procedencia del interdicto promovido contra ellos.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre Gobernador de la provincia de Palencia y el Juez de primera instancia de Astudillo, de los cuales resulta:

Que en 22 de Enero de 1884 el Procurador D. Juan Escou

presentó ante el Juzgado de primera instancia de Astudillo, en nombre de D. Faustino Albertos Hidalgo, una demanda de interdicto contra Juan Manrique, Juan Serna Cayón, Manuel Serna Manrique, Francisco Manrique Sanz, Lino Gómez, José Manrique Hierro, Melquiades Serna y Manuel Manrique, Alcalde el primero y Concejales los restantes del Ayuntamiento de Melgar de Inso, excepto el último, que era Juez municipal del mismo pueblo, alegando que el actor venía en posesión de una dehesa llamada La Huelga, término del indicado Melgar, y que linda por el Norte con Juan Manrique y el río Pisuerga, Oriente con el mismo río y Mediodía y Poniente con aguachales del pueblo; que en 30 de Diciembre de 1883 penetraron en la citada dehesa los pastores que conducían los ganados de Juan y Miguel Manrique, y que echados de su terreno por el guarda jurado, volvieron á entrar acompañados del Juez municipal, Alcalde y Concejales de Melgar, que introdujeron los antedichos ganados y otros atajos en aquel día y en los posteriores, constituyendo tales hechos un despojo, cuya restitución debía acordarse:

Que admitido el interdicto, practicada la información y celebrado el juicio verbal, el Juez dictó auto declarando haber lugar á la restitución, y apelado por los demandados, fué confirmado por la Audiencia de Valladolid, con imposición de costas á los despojantes:

Que practicada la tasación de las costas, y requeridos los demandados á su pago sin que lo verificaran, se les embargaron en 7 de Noviembre de 1884 bienes bastantes á cubrir aquella responsabilidad:

Que en 17 de Enero siguiente el Gobernador de la provincia de Palencia requirió de inhibición al Juez de primera instancia de Astudillo, alegando: que interpuesto el interdicto contra el Alcalde y Concejales del Ayuntamiento de Melgar de Inso por haber dispuesto que los ganados de aquel pueblo penetrasen en los terrenos contiguos á la dehesa de La Huelga, por suponerlos de aprovechamiento común, dicho interdicto reconocía como causa un acto peculiar de la Administración, y aun cuando fuera abusivo, las costas de la defensa debían pagarse de los intereses de la colectividad, y para ello era necesario acudir á los procedimientos y trámites que determinan los artículos 143 y 144 de la ley Municipal, que son administrativos:

Que sustanciado el incidente de competencia, el Juez dictó auto, en el que considerando que, según los artículos 55 y 919 de la ley de Enjuiciamiento civil, son competentes para ejecutar las sentencias firmes los Jueces ó Tribunales que hubieren conocido en primera instancia del asunto; que el Gobernador no reclamaba el conocimiento de la cuestión, sino el de la ejecución de la sentencia, y que el interdicto se siguió contra particulares que ejercían la autoridad de Alcalde, Concejales y Juez municipal de Melgar de Inso, declaró que no había lugar á la inhibición pretendida, y así lo comunicó á la Autoridad requirente:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de todo el presente conflicto, que ha seguido sus trámites;

Visto el art. 89 de la ley Municipal, que prohibe á los Jueces y Tribunales admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia:

Visto el art. 919 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que luego que sea firme un sentencia se procederá á su ejecución, siempre á instancia de parte, y por el Juez ó Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia;

Considerando:

1.° Que el interdicto propuesto por D. Faustino Albertos Hidalgo contra Juan Francisco, José y Manuel Manrique, Juan Manuel y Melquiades Serna y Lino Gómez, Alcalde, Concejales y Juez municipal del Melgar de Inso, no se interpuso contra actos que el Alcalde y Concejales hubieran ejercido en uso de sus atribuciones como Autoridades administrativas, sino como particulares:

2.° Que así lo demuestra el hecho de haberse admitido el interdicto, el comprenderse entre los demandados al Juez municipal, que no tiene atribuciones administrativas, y el no haber requerido el Gobernador de inhibición á los Tribunales en el conocimiento del hecho que la Autoridad requirente califica de abusivo:

3.° Que dirigiéndose las diligencias judiciales contra particulares, no son aplicables al caso los preceptos de la ley Municipal citados por el Gobernador en su requerimiento, porque las actuaciones para el cumplimiento de la sentencia no se han dirig

contra la Corporación administrativa de que algunos de los demandados forman parte:

4.° Que es, por consiguiente, indudable la competencia de los Tribunales para llevar á cumplimiento la sentencia, según lo dispuesto en el art. 919 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno,

Vengo en declarar que el conocimiento del asunto corresponde á la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 25 de Julio de 1885.)

Real decreto de 28 de Julio de 1887.— Providencias administrativas de los Ayuntamientos. Improcedencia del interdicto contra ellas.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Badajoz y el Juez de primera instancia de Puebla de Alcocer, de los cuales resulta:

Que subastadas por el Ayuntamiento de Puebla de Alcocer las hierbas del invierno, correspondientes á las dehesas de aprovechamiento común y ejidos del pueblo, fueron rematadas por varios vecinos del mismo, á quienes se les adjudicaron como mejores postores:

Que en virtud de esta adjudicación, los rematantes cedieron parte de las hierbas subastadas á otros vecinos, y entre ellos á D. Bernardo Chacón y Calderón, quien, por medio de su ganadero Jesús Sánchez, introdujo 150 cabezas de ganado lanar en una finca, sita en la vega de Orihuela, en la hoja de Casa Carrasco:

Que á consecuencia de este hecho, Doña Margarita del Río y Gutiérrez acudió al Juzgado en 12 de Octubre de 1886 con un interdicto de recobrar la posesión, alegando: que se hallaba en quieta y pacífica posesión de la cerca al sitio de la Vega de Orihuela, en la hoja de Casa Carrasco, término municipal de aquella villa de Puebla de Alcocer: que había sido perturbada en dicha posesión por Jesús Sánchez, ganadero de D. Bernardo Chacón, quien por orden de éste había introducido en su propiedad 150 cabezas de ganado lanar el día 10 del referido mes, y que al ser requerido dicho ganadero por el guarda particular Ceferino Doroso para que desalojara la finca, manifestándole que quedaba

denunciado el ganado por haberlo introducido sin permiso del dueño de dicha cerca, contestó el Sánchez que no sacaba el ganado porque tenía orden de su amo de llevarlo allí diariamente, y que pusiera cuantas denuncias quisiera, pues no conseguiría nada mientras su referido amo no retirara dicho mandato. Acompañó la actora en el interdicto un testimonio de adjudicación de bienes hecha por fallecimiento de su difunto marido D. Emilio Mariño de la Torre, en donde consta adjudicada la finca objeto del interdicto á la dicha Doña Margarita del Río Gutiérrez:

Que practicada la oportuna información testifical, el Juez convocó á las partes á juicio verbal, en cuyo estado uno de los rematantes de las hierbas acudió al Ayuntamiento para que le amparase en el disfrute de ellas:

Que el Ayuntamiento acordó acudir al Gobernador de la provincia para que esta Autoridad requiriera de inhibición al Juzgado, como así lo hizo, respecto de seis interdictos promovidos por varios vecinos contra D. Félix y D. Bernardo Chacón, fundándose en que, con arreglo á lo que preceptúa el art. 75 de la vigente ley Municipal, es de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos arreglar para cada año el modo de división, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales de los pueblos, con sujeción á las reglas establecidas en el mismo artículo; en que los terrenos que pretendían retener los demandantes eran del aprovechamiento común de sus vecinos, y por consiguiente, la Corporación municipal es la llamada á determinar la forma del disfrute de aquélla, constando por otra parte que los citados aprovechamientos fueron adquiridos el año de 1817, en virtud de Real cédula inscrita en el Registro de la propiedad del partido á favor del vecindario de Puebla de Alcocer; en que los acuerdos de los Ayuntamientos en asuntos de su competencia son inmediatamente ejecutivos, pudiendo cualquiera vecino que se crea perjudicado acudir en alzada ante el Gobernador de la provincia, quien resolverá el recurso en la forma que proceda, previo el dictamen de la Comisión provincial; en que los mismos que habían interpuesto los interdictos de retener, ya mencionados, habían deducido ante aquel Gobierno la apelación correspondiente de acuerdo del Ayuntamiento en que se trató la forma de reparti al vecindario los aprovechamientos ya mencionados, y objeto d la cuestión; en que por las razones expuestas, se veía la incompe

tencia del Juzgado al inmiscuirse en asuntos que corresponden á la Administración; en que, con arreglo á lo que dispone el artículo 59 de la ley Orgánica de 2 de Octubre de 1877, los Juzgados y Tribunales no admitirán interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia; y citaba además el Gobernador el art. 27 de la ley Provincial y el 54 del Reglamento de 25 de Septiembre de 1863:

Que el Juez sustanció el conflicto en el interdicto promovido por Doña Margarita del Río, único de los seis á que el requerimiento se refería, que se encontraba en aquel Juzgado, y dictó auto declarándose competente, alegando: que si bien los Ayuntamientos tienen, con exclusión de toda otra entidad ó Corporación, la facultad que con relación á los bienes comunales les atribuye el art. 75 de la vigente ley Municipal, esa facultad no es ilimitada ni implica el derecho de declarar qué bienes deben ó no considerarse como de aprovechamiento común, sino que, por el contrario, tiene por límite el derecho de los particulares, como así lo reconoce la misma ley Municipal: que con arreglo á la Real orden de 26 de Mayo de 1880, siempre que el abuso afecte á un derecho de carácter civil, los Tribunales ordinarios son los únicos competentes para conocer de las reclamaciones á que dé lugar, cuya declaración es consecuencia lógica é ineludible de la doctrina contenida en la de 29 de Abril del mismo año: que lejos de aparecer demostrado que la finca objeto del interdicto formase parte de los bienes comunales de aquella villa, resultaba, por el contrario, acreditado que era de dominio particular, que con tal carácter, y como libre de toda carga, había sido adjudicada á Doña Margarita del Río, á la muerte de su marido D. Emilio Mariño, y con esas mismas condiciones figuraba inscrita en el Registro de la propiedad: que no aparecía que Doña Margarita del Río se alzara para ante el Gobernador del acuerdo del Ayuntamiento relativo al aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales: que no siendo de la competencia de los Ayuntamientos hacer declaraciones relativas al carácter de comunal ó particular que tengan las diversas propiedades enclavadas dentro de su término, no era aplicable al caso concreto de este interdicto la prohibición establecida por el art. 89 de la ley de 2 de Octubre de 1877, y mucho menos teniendo en cuenta que la demanda

formulada por Doña Margarita del Río no afectaba ni contrariaba ninguna providencia ó acuerdo del Ayuntamiento:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Que con Real orden de 18 de Abril último se remitió al Consejo, para que se uniese á los demás antecedentes, una certificación expedida por el Registrador de la propiedad de Puebla de Alcocer, en la que aparece que el dominio de la dehesa Casa Carrasco se encuentra inscrito como de aprovechamiento común de la expresada villa de Puebla de Alcocer, en virtud de una Real cédula del Rey D. Fernando VII, de 20 de Agosto de 1817, que hizo firme un auto del Consejo de Castilla de 26 de Junio anterior, dictado en pleito que siguieron varios pueblos sobre diferencias nacidas en la manera de apreciar la mancomunidad con que tenían y poseían anteriormente diversos terrenos:

Visto el art. 75 de la vigente ley Municipal, según el cual es atribución de los Ayuntamientos arreglar para cada año el modo de división, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales del pueblo, con sujeción á las reglas que en este mismo artículo se establen:

Considerando:

1.° Que al determinar el Ayuntamiento de Puebla de Alcocer el modo de utilizar los aprovechamientos comunales de la dehesa Casa Carrasco, perteneciente á dicha villa, obró dentro del círculo de sus atribuciones, sin que los acuerdos de la Corporación municipal, en que se mandó subastar dichos aprovechamientos, puedan ser impugnados por la vía del interdicto, toda vez que á ello se opone la disposición terminante del art. 89 de la ley Municipal:

2.° Que en tal concepto, no debió admitirse ni darse curso al incoado por Doña Margarita del Río y Gutiérrez, sin perjuicio de los derechos que á ésta competan sobre los terrenos de que se trata, y de que podrá hacer uso en el juicio declarativo correspondiente;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno; en nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso X y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 31 de Julio de 1887.)

Real decreto de 29 de Agosto de 1887. – Providencias administrativas de los Ayuntamientos: improcedencia de los interdictos promovidos contra ellas.

En el expediente y autos de competencia entre el Gobernador de la provincia de Toledo y el Juez de primera instancia de Torrijos, de los cuales resulta:

Que en 28 de Agosto de 1886 se presentó en el Juzgado de primera instancia de Torrijos, por parte de D. Emilio López de Berges y Merino, una demanda de interdicto de retener contra el Ayuntamiento de Puebla de Montalbán, alegando: que desde último del siglo XVI venian poseyendo los Condes de Montalbán, libre de toda carga y servidumbre, una dehesa denominada El Bosque, con todas sus tierras: que dicha dehesa la posee desde 1873 *pro indiviso*, y en plena propiedad desde 1881 Doña Encarnación Pacheco, mujer del demandante, á favor de la cual fué inscrita en el Registro de la propiedad como libre de toda carga y servidumbre, que es como se lo había adjudicado, y que habiendo inscrito el Ayuntamiento de Puebla de Montalbán en el Registro de la propiedad una ejecutoria de 1557, en la que se habla de ciertos derechos del pueblo en alguna propiedad de los Condes de Montalbán, y una acta adicional, y las excusas de los cazadores furtivos, alegando idénticos derechos, hechos que daban fundado motivo para creer que se pretendía perturbarle en su propiedad, terminando el escrito con la súplica de que se admitiera el interdicto y se le diese el curso que marcan los artículos 1.653 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que admitido el interdicto, practicada la información judicial y celebrado el juicio verbal que determina la ley, y en el cual presentaron los demandados la declinatoria de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto á la Autoridad administrativa, el Gobernador de la provincia de Toledo requirió de inhibición al Juzgado, alegando: que el Ayuntamiento de Puebla de Montalbán había acordado gestionar la inscripción y reivindicación de los derechos y aprovechamientos que el común de vecinos tiene por antigua ejecutoria ganada sobre los diversos terrenos que constituyen el antiguo estado de Montalbán, y cido el caso 3.º del art. 72 de la ley Municipal, que declara de

la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la conservación de las fincas y derechos de los pueblos; el 89 de la misma ley, que prohibe admitir interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia, los artículos 171 y 172 de la propia ley, la Real orden de 8 de Mayo de 1839, y varias decisiones de competencias:

Que el Juez sustanció el incidente y sostuvo su jurisdicción para conocer en el asunto, fundado en que el acto de inscripción en el Registro de la propiedad de Torrijos de una ejecutoria del siglo XVI, que no podía inscribirse, y contra la cual se había interpuesto el interdicto, no es conservatorio de la propiedad, y contra él cabía aquel recurso: que ejecutado ese acto en el Registro de la propiedad fuera de la jurisdicción municipal de la Puebla de Montalbán, no podía considerarse como acto administrativo: que además se citaban como hechos que hacían temer el despojo las manifestaciones de los cazadores furtivos y las de una acta adicional, lo que tiene carácter administrativo; que no teniendo ese carácter los actos indicados, no eran aplicables los textos legales citados por el Gobernador, y que aun en el supuesto de que lo fueran, las atribuciones de los Ayuntamientos sólo alcanzan á restablecer las usurpaciones recientes y fáciles de comprobar, circunstancias que no reunía el caso de interdicto:

Que apelada esta sentencia, y habiendo desistido de la apelación los apelantes, se comunicó al Gobernador el auto del Juez en que se declaraba competente, y la Autoridad gubernativa, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil que determina que el interdicto de retener ó de recobrar procederá cuando el que se halle en posesión ó en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando haya sido ya despojado de dicha posesión ó tenencia:

Visto el art. 89 de la ley Municipal, que dispone que los Juzgados y Tribunales no admitirán interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia, y que los interesados pueden util. para su derecho los recursos establecidos en los artículos y 177 de esta ley:

Considerando:

1.° Que el presente conflicto se ha promovido en el interdicto de retener que D. Emilio López de Berges dedujo en el Juzgado de Torrijos por estimar que el hecho de acordar el Ayuntamiento de Puebla de Montalbán que se inscribiera en el Registro de la propiedad de Torrijos cierto documento, y la práctica de esta operación demostraba intenciones de perturbarle en la posesión de una dehesa de su propiedad:

2.° Que sin discutir si estos hechos pueden ser de los que exige la ley para que proceda el interdicto entablado, es indudable que la inscripción se pidió en cumplimiento de una providencia administrativa, contra las cuales no puede admitirse aquel recurso, según dispone el art. 89 de la ley Municipal:

3.° Que la ley Hipotecaria determina los medios de impugnar las inscripciones de documentos en el Registro de la propiedad, contra las cuales no se da la vía del interdicto:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 12 de Septiembre de 1887.)

Real decreto de 14 de Febrero de 1888.—Montes públicos. Facultad de la Administración para mantener el estado posesorio de fincas incluídas en el Catálogo de dichos montes.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Ávila y el Juez de primera instancia de Arenas de San Pedro, de los cuales resulta:

Que en 4 de Junio del corriente año el guarda local Claudio Miranda dió parte al Alcalde de Mombeltrán que en el día anterior habían empezado á segar en las praderas de Valleandrino, jurisdicción de aquella villa y monte núm. 21 del Catálogo, seis jornaleros por orden de D. Manuel Luján, vecino de Arenas, cuya operación continuaban practicando:

Que dada cuenta al Ayuntamiento de la anterior denuncia, el Alcalde, de conformidad con lo acordado por aquél, y teniendo en cuenta que el referido Luján estaba segando y utilizando en

beneficio propio los pastos de diferentes praderas enclavadas en el monte núm. 21 del Catálogo, y sitios denominados Valleandrino, Corchito y otros, por los que nada tributaba; que por esta circunstancia y la de estar considerados dichos sitios como de la pertenencia de los Propios de la villa, le había sido denegada su exclusión de dicho Catálogo por el Gobernador de la provincia en el año anterior, reservándole únicamente, previo deslinde gubernativo, que aún no había tenido efecto, los de los sitios Mugares y Prado del Rojo ó del Pintor, cuya resolución, en sentir del Municipio, causó estado, pues notificada al interesado en 12 de Abril del año último, no se había alzado de ella ni interpuesto otra reclamación de su pretendido derecho; que además existían antecedentes de haber sido multado Luján en 1879 por pastoreo abusivo, acordó prohibirle desde luego todo género de aprovechamientos en los mencionados terrenos, con apercibimiento de exigirle la responsabilidad criminal que correspondiera por el abuso que cometía, daño que causara y desobediencia en que incurriese; que se constituyera una Comisión del Ayuntamiento en el sitio denominado Valleandrino, con una pareja de la Guardia civil y competente número de testigos, é intimase á los jornaleros ocupados en la siega de las hierbas, ó persona que representase á Lujan, se abstuvieran de proseguir en sus trabajos, procediese al recogido de las hierbas segadas é interrogase á aquéllos por orden de quién estaban practicando la operación que llevaban á cabo:

Que constituída la Comisión en el sitio designado el día 6 de Junio último, hizo constar, en la diligencia que suscribió, que los operarios á quienes se encontró segando las hierbas manifestaron que lo hacían por orden de D. Manuel Luján y Viuda, vecino de Arenas de San Pedro, y que lo segado se entregó en depósito al guarda de dicho sujeto Pedro Jiménez Alonso:

Que notificada la providencia del Alcalde de Mombeltrán al referido Luján, y sabiendo dicha Autoridad que, á pesar de ello, continuaba la siega de hierbas en los terrenos de que queda hecha referencia, sustrayéndose aquéllas, dictó nueva providencia mandando que la Comisión nombrada, el capataz de cultivos de demarcación y las demás personas anteriormente designadas, constituyeran de nuevo en el sitio de Valleandrino, repetid mente nombrado, y levantase acta de la inspección ocular q

hiciese, así como de si había continuado la siega y extracción de hierbas, dónde habían sido llevadas éstas y por mandato de quién:

Que en el acta levantada al efecto resulta:

Que los productos segados y depositados habían sido extraídos por D. Manuel Luján y llevados á su casa, que el guarda del mismo decía ser al sitio de Valleandrino; que aforadas las hierbas segadas, hechas heno, lo fueron en 200 arrobas, tasándose cada una en 50 céntimos de peseta, valorándose en igual cantidad que los productos extraídos los daños causados, haciéndose constar, por último, en el documento que viene extractándose, que los predios ó fincas que decía D. Manuel Luján eran de su pertenencia, por más que algunos estuviesen reconocidos, no se habían practicado los deslindes administrativos, y figuraban con un exceso bastante considerable de superficie, mayor de la que venían figurando en el amillaramiento:

Que en vista de lo relatado y del parte que el guarda local dió días después al Alcalde, manifestándole que continuaba la siega de hierbas por operarios de Luján, la cual habían suspendido á la intimación que se le había hecho, la mencionada Autoridad acordó remitir al Gobernador civil de la provincia el expediente instruído, consultándole si la Alcaldía estaba en el caso de pasar el tanto de culpa al Juzgado, en vista de la marcada desobediencia de Luján:

Que en 7 del mismo mes de Junio, el Procurador D. Luis López, en nombre de D. Manuel Luján, presentó un escrito al Juzgado de primera instancia de Arenas de San Pedro, en el que hacía presente que, promovido interdicto por su representado para recobrar la posesión de varios terrenos en los sitios llamados Valleandrino, El Pintor y Corchito, en la que había sido perturbado por Alejo Cuesta y Zoilo Jelvaga, vecinos de Mombeltrán, recayó sentencia en 6 de Julio del año anterior declarando haber lugar á la restitución solicitada, la cual se llevó á efecto en el sitio referido de Valleandrino y en las praderas y cañadas inmediatas á la casa que allí tiene el demandante; que apelada dicha sentencia por los despojantes, fué confirmada por otra de la Audiencia de Madrid, fecha 10 de Diciembre siguiente; que no terminadas aún las actuaciones de dicho interdicto, pues faltaba hacer efectivas las costas y la indemnización de perjuicios con-

venida con los despojantes, y cuando su representado, continuando la costumbre que tenía hacía muchos años de segar las hierbas de las cañadas de Valleandrino para guardarlas en la casa que allí construyó hace veinte años, se vió interrumpido en dicha operación por un Regidor del Ayuntamiento de Mombeltrán, que, acompañado del guarda municipal y dos guardias civiles, había prevenido al jefe de la cuadrilla de operarios que allí tenía suspendieran la siega, por pertenecer al Municipio los terrenos en que la verificaban;

El escrito terminaba pidiendo al Juzgado que acordase que su representado podía continuar en la recolección del heno, ya comenzada, en los terrenos que fueron objeto del interdicto, y que, por medio del oportuno mandamiento, se hiciese comprender al Ayuntamiento de Mombeltrán la obligación en que se encontraba de respetar la posesión reconocida y declarada en favor de Luján por ejecutoria de un Tribunal de justica, y la responsabilidad en que incurriría si insistiese en perturbar á aquél en la dicha posesión:

Que librados por el Juez los oportunos mandamientos al Alcalde de Mombeltrán, haciéndole saber no podía ser Luján interrumpido en la posesión de los terrenos de que viene haciéndose referencia, dicha autoridad lo puso en conocimiento del Gobernador de la provincia, para que acordase lo que considerara procedente á fin de poner correctivo á los abusos y exigencias de Luján y disposiciones del Juzgado encaminadas á que se le reconociese á aquél el injustificado derecho que pretendía:

Que el Gobernador requirió de inhibición al Juzgado, fundándose en que el asunto era de la exclusiva competencia de su autoridad, según textualmente lo consigna el art. 11 del Reglamento de 17 de Mayo de 1865, al disponer que mientras no sean vencidos en el juicio competente el Estado, los pueblos y las Corporaciones administrativas que se hallen en posesión de un monte, se mantendrá ésta por el Gobierno ó por los Gobernadores, como si no se hubiese deducido reclamación alguna:

Que el Juez, después de tramitar el incidente, y no sin que precediera excitación del Gobernador, dictó auto declarando corresponderle el conocimiento del asunto, alegando para ello que según el art. 10 de la Constitución, nadie puede ser privado de su propiedad sino por la Autoridad competente, y que los Jue

ampararán y reintegrarán en la posesión al que fuere privado de ella; que el art. 76 del mismo Código fundamental prescribe que á los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios criminales; que, según lo prevenido en el art. 247 de la ley orgánica del Poder judicial y 51 de la de Enjuiciamiento civil, á la jurisdicción ordinaria corresponde conocer de los negocios civiles; que no podía tener aplicación al caso de que se trataba el art. 11 del Reglamento de 17 de Mayo de 1865, citado por el Gobernador, puesto que se partía del supuesto de que el Ayuntamiento de Mombeltrán se encontraba en posesión de los terrenos, siendo lo cierto que el que lo estaba era D. Manuel Luján; que la Administración debe respetar la posesión de los terrenos considerados como de propiedad particular que hubiesen quedado dentro de los límites de un monte público, según dispone el art. 40 del Reglamento citado, y que la Administración carece de atribuciones para privar á los particulares de los derechos de propiedad y posesión, que están bajo el amparo de los Tribunales de justicia, por tenerlo así declarado el Consejo de Estado en repetidas disposiciones:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites;

Visto el art. 11 del Reglamento de 17 de Mayo de 1865, que dispone que, mientras no sean vencidos en el juicio competente de propiedad el Estado, los pueblos y las Corporaciones administrativas que se hallen en posesión de un monte, se mantendrá ésta por el Gobierno ó por los Gobernadores, como si no se hubiese deducido reclamación alguna;

Considerando:

1.° Que, según manifestación del Alcalde de Mombeltrán, parte de las fincas cuyo disfrute y posesión ha dado lugar á la presente contienda, se hallan comprendidas en el monte núm. 21 del Catálogo, y otras, denominadas Mugares y Prado del Rojo ó del Pintor, fueron reservadas al demandante, previo deslinde gu- rnativo, que la referida Autoridad declara que no se ha llevado efecto:

2.° Que la sentencia restitutoria alegada por Luján para acre- tar la posesión de las fincas en cuestión no es título bastante ara determinar la competencia de los Tribunales de justicia,

puesto que, incluídas parte de ellas en el Catálogo de montes públicos, á la Administración corresponde mantener el estado posesorio de las mismas, mientras no sean excluídas del dicho Catálogo mediante el correspondiente juicio de propiedad, y por lo que hace á las fincas excluídas y pertenecientes á Luján, ínterin no se haga el deslinde gubernativo, no pueden tampoco entender del asunto los Tribunales de justicia:

3.° Que esto no obsta para que si Luján tuviese dominio y propiedad en dichas fincas, lo aduzca por los medios que la ley tiene establecido al efecto;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración, sin perjuicio del derecho que puede asistir á D. Manuel Luján para reclamar, en la forma que las leyes establecen, la propiedad que dice tener sobre las fincas objeto del presente conflicto. (*Gaceta* de 24 de Febrero de 1888.)

Real decreto de 24 de Octubre de 1888.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos perturbadoras de la propiedad privada. Procedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Almería y el Juez de instrucción de Gérgal, de los cuales resulta:

Que en 28 de Agosto de 1886 el Procurador D. José Magaña García, en nombre de D. Rafael Martínez Montero, acudió al Juzgado referido con un interdicto de recobrar la posesión de una finca contra D. José Román Úbeda, alegando: que el demandante era dueño y señor absoluto de una finca en término de Tabernas, paraje de las Tinadas, que adquirió por compra hecha á D. José Martínez Morillo, según escritura pública otorgada en la ciudad de Almería en 1857 ante el Notario D. Mariano Toro é inscrita en el Registro de la propiedad: que en virtud de este justo título actor había venido desde dicha fecha poseyendo quieta y pacíficamente la mencionada finca, dentro de la cual se halla comprendido un trozo inculto poblado de monte atochar; que esta

sesión había sido reconocida y acatada por todos, y tanto, que en varias ocasiones había vendido por tiempo indeterminado el producto del esparto del referido monte, habiéndolo hecho la última vez el mismo demandado por tres años, que terminaron en Septiembre del pasado 1885; que el dicho demandado, en la mañana del 25 de aquel mes, ordenó á sus guardas que cogieran el esparto que arraigaba en el mencionado predio de las Tinadas, verificándose la cogida, no obstante la protesta explícita del demandante y la reconvención de que el acto que se intentaba llevar á cabo era un verdadero despojo:

Que sustanciado el interdicto, y antes de que el Juez dictara auto declarando haber ó no lugar á la restitución, el Gobernador de la provincia, á instancia de D. Antonio Montesinos y D. José Ramón Úbeda, requirió de inhibición al Juzgado, exponiendo que en el *Boletín Oficial* de la provincia, correspondiente al 19 de Noviembre de 1885, se publicó el anuncio de subasta de espartos de Tabernas y el pliego de condiciones económicas, de las cuales la décimaquinta establece que el objeto de la subasta era el aprovechamiento de los espartos que se producían en todos los terrenos comunales de aquel término; que por decreto de 18 de Enero de 1886 se adjudicó el remate á D. José Ramón Úbeda; que según lo alegaban el rematante y el cesionario de los expresados montes, dicho sitio de las Tinadas está comprendido en el acta de entrega de aquéllos, verificada por la Comisión del Ayuntamiento, y que el de que se trataba era de aprovechamiento vecinal; que por virtud de la subasta de espartos, D. José Ramón Úbeda se subrogó en los derechos del Ayuntamiento para cuanto se relacionara con el aprovechamiento, el cual era extensivo á todos los terrenos comunales; que el interdicto promovido por Rafael Martínez Montero tendía á impedir el aprovechamiento al rematante de los espartos comunales, y que aun suponiéndole la propiedad de los terrenos cuestionados, sería necesario un deslinde previo, cuya operación es puramente administrativa; que es atribución exclusiva de los Gobernadores promover competencia á los Juzgados y Tribunales cuando invadan la esfera de acción administrativa; y citaba el Gobernador los artículos 4.°, 11 y 19 del Reglamento de 17 de Mayo de 1865 y los artículos 72 y 73 de la ley Municipal:

Que sustanciándose el conflicto, se trajo á los autos por la

representación de la parte actora en el interdicto una escritura de división de la finca en que aquélla se describe en el sitio de las Tinadas, y comprada en 25 de Agosto de 1857 á Doña Rosa García Gálvez por Juan Vázquez Plaza y Rafael Martínez Montero, y seguidos todos los trámites del incidente, el Juez dictó auto declarándose competente, alegando: que no se había acreditado que lindase la finca de Rafael Martínez Montero por ninguno de los cuatro vientos con terrenos del común de vecinos de Tabernas, cuyos límites ó linderos con otros particulares quedaban expresados, ni se había probado que dentro del perímetro de ella hubiese terreno montuoso perteneciente al común de vecinos de la mencionada villa, por lo cual era evidente que en nada podía afectar á la misma la práctica del deslinde general que de los montes públicos de la referida villa acordó anunciar en el *Boletín Oficial* de la provincia correspondiente al 10 de Mayo de 1882 la Administración de Propiedades é Impuestos de aquella provincia; y discutiéndose en el interdicto sobre una cuestión de posesión antigua, la declaración de estos derechos era de la exclusiva competencia del Juzgado, sin que existiese cuestión previa que resolver; que aparecía probada en autos la propiedad que tenía Rafael Martínez Montero de la finca desierta y de la posesión quieta y pacífica en que estaba por más de un año y un día, por lo cual era á todas luces evidente que la jurisdicción ordinaria era la única competente para conocer de las cuestiones que se relacionasen con la propiedad y posesión de dichos terrenos; que aun en la hipótesis de que los espartos que produce la finca de Martínez Montero perteneciera al común de vecinos, que era la base en que se fundaba el requerimiento de inhibición, encontrándose el referido Martínez en posesión de los espartos por más de un año y día, aunque dicha posesión fuera debida á una intrusión de terrenos comunales, todas las providencias que el Ayuntamiento de Tabernas dictare para menoscabarla estarían fuera del círculo de sus atribuciones, ni recaerían en asunto de su competencia, por cuya razón procedería contra ellas el interdicto; que las facultades de las Corporaciones municipales están limitadas á la conservación de acciones y derechos que puedan tener los pueblos, circunscribiéndose á rechazar las intrusiones en terrenos comunales que sean recientes y de fácil comprobación; que los artículos 4.º y 11 del Reglamento de 17 de Mayo de 18

citados por el Gobernador, no tenían aplicación al caso de autos por referirse á los montes públicos comprendidos en el Catálogo, en el cual no se encuentran los montes de espartos de Tabernas:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión, provincial desistió de su requerimiento; y apelada esta providencia por Antonio Montesinos y José Ramón Úbeda, arrendatario y cesionario de los espartos de la villa de Tabernas, fué revocada dicha providencia por Real orden de 30 de Abril último, que el Gobernador comunicó al Juzgado; resultando de todo lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 72, en su núm. 3 °, de la ley Municipal, que encomienda á la exclusiva competencia del Ayuntamiento la administración municipal, que comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y establecimientos que de él dependan:

Visto el art. 73, en su núm. 5.°, de la propia ley, que impone como obligación á los Ayuntamientos la administración, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo:

Visto el art. 89 de la repetida ley, que prohibe á los Juzgados y Tribunales admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que el interdicto incoado por Rafael Martínez Montero tiene por objeto que se le reintegre en la posesión de una finca de su propiedad, en la que se supone perturbado por José Ramón Úbeda, arrendatario de los espartos de los montes comunales de Tabernas:

2.° Que si bien el Ayuntamiento tiene atribuciones para tomar acuerdos y dictar providencias respecto de la administración, custodia y conservación de los bienes y derechos del pueblo, y por lo tanto, acerca de los terrenos comunales, carece de esa facultad cuando se trata de fincas ó bienes que son de propiedad particular:

3.° Que justificadas en autos por el actor en el interdicto, no ólo la posesión, sino la propiedad de la finca objeto de la con-nda, es evidente que las disposiciones y acuerdos que sobre la sma hubiera tomado el Ayuntamiento, estuvieron fuera del

círculo legítimo de sus atribuciones, y en tal concepto, no pudo menos de admitirse y darse curso al interdicto propuesto por Martínez Montero:

4.° Que no aparece dato alguno tampoco que justifique que la finca, propiedad del actor en el interdicto y objeto de éste, linde con montes públicos; y, por lo tanto, no puede apreciarse la indicación que del expediente aparece estar en estado de deslinde los montes del pueblo de Tabernas, para que las cuestiones posesorias que respecto de la citada finca pudieran suscitarse se atribuyan al conocimiento exclusivo de la Administración;

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en fileno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 5 de Noviembre de 1888.)

Real decreto de 16 de Febrero de 1889. —Providencias de los Ayuntamientos y apertura de una puerta sobre terrenos de propiedad particular.—Procedencia del interdicto por constituir tal autorización una servidumbre.

En los autos y expediente de competencia entre la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid y el Gobernador de la provincia, de los cuales resulta:

Que D. Eugenio Ruiz Zurro, como curador *ad litem* de Felisa Fernández de la Fuente, presentó ante el Juzgado del distrito de la Plaza de Valladolid demanda de interdicto de recobrar la posesión de una finca de la propiedad de su representada, que había adquirido por herencia de su padre, de una parte de la casa número 25 de la calle de la Olma, y un terreno erial ó corral al descubierto, unido á la totalidad de la citada casa, y que linda por la izquierda con un puente ó pasadizo que conduce á la puerta de la hacienda de D. Alejandro Rueda; por la derecha con parte de la finca adjudicada á su hermano Trifón Fernández; por el frente con la carretera de Simancas, y por la accesoria con tapiales D. Alejandro Rueda, el cual había abierto en ellos una p para atravesar por el terreno de la demandante hasta la car de Simancas, perturbando así á aquél en su posesión:

Que admitido el interdicto, se practicó la información testifical, presentándose además testimonio de la hijuela de adjudicación de bienes á Felisa Fernández de la Fuente, entre los cuales se le hacía pago de su haber con un terreno de 960 pies cuadrados, cuyos linderos son los mismos que se consignan en la demanda, apareciendo que el documento se halla inscrito en el Registro de la Propiedad con fecha 6 de Abril de 1885:

Que asimismo se practicó diligencia de reconocimiento judicial, del que resultó que la finca en cuestión es un terreno largo y muy estrecho, que tiene por un lado una tapia que sirve de cerramiento á la finca de D. Alejandro Rueda; por otro una zanja ó carrera que comunica con la carretera de Simancas, al lado de abajo una casa, y al de arriba un pasadizo ó puente; que el terreno estaba sembrado y tiene plantados algunos árboles, observándose que en la tapia que sirve de cerramiento á la ribera de D. Alejandro Rueda, se había abierto recientemente una puerta que comunica con el terreno, encontrándose allí sus escombros, y hallándose quebrados ocho árboles; que el paso de la puerta da al sembrado, y que hay que atravesarlo todo él para salir á la carretera:

Que en vista de estas pruebas y de lo que resultaba de la información, dictó el Juez auto restitutorio, que fué apelado por D. Alejandro Rueda, el cual presentó, antes de que se le admitiera la apelación, un escrito proponiendo la nulidad de lo actuado, alegando que pendía pleito sobre la propiedad del terreno, y que el asunto era de la exclusiva competencia del Ayuntamiento. En demostración de ello, presentó la licencia concedida por la Corporación municipal para abrir una puerta y construir una atarjea en la tapia de la ribera, situada á la izquierda del camino de Salamanca, frente al penal; y denegada esta solicitud, se pidió reposición, que también fué denegada, admitiéndose la apelación y remitiendo los autos al Tribunal superior del territorio:

Que habiéndose mostrado parte en este Tribunal D. Alejandro Rueda, se recibió oficio del Gobernador de la provincia requiriendo á aquél de inhibición, de acuerdo con la Comisión provincial, alegando que el conocimiento del hecho origen del conflicto era de la exclusiva competencia del Ayuntamiento, y que otra las providencias administrativas de los mismos no pueden Juzgados y Tribunales admitir interdictos, debiendo los in-

teresados que por virtud de aquéllas se consideren perjudicados, utilizar la vía gubernativa ó contenciosa, según proceda, y que habiendo obrado Rueda en virtud de providencia administrativa, existía una cuestión previa que resolver; citaba el Gobernador los artículos 72 y 89 de la ley Municipal, y el 4.° del Real decreto de 8 de Septiembre de 1887:

Que la Sala sustanció el incidente y dictó auto manteniendo su jurisdicción, fundada en que para que las providencias de los Ayuntamientos no sean impugnables por la vía del interdicto, han de estar dictadas dentro del círculo de sus atribuciones, y que no las tenía el Ayuntamiento para decidir cuestiones entre particulares que afectan á los derechos de propiedad y posesión, pues correspondiendo á la demandante el terreno que se le adjudicó por muerte de su padre, se vendría á establecer sobre él una servidumbre privada, lo cual es de la competencia de la jurisdicción ordinaria, y en que además interesaría la servidumbre á otra personalidad publica, y en que el Ayuntamiento no podría providenciar, y siempre sería salvo los derechos de tercero:

Que el Gobernador, después de oir á la Comisión provincial, cuyo dictamen fué que insistiera en su requerimiento, participó á la Sala que remitía las actuaciones al Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Ministros:

Que el Juez las remitió á su vez, resultando de todo el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 72 de la ley Municipal, que declara que es de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos, con arreglo al número 1.° del art. 84 de la Constitución, y en particular cuanto tenga relación con los objetos siguientes:

Establecimiento y creación de servicios municipales referentes al arreglo y ornato de la vía pública, comodidad é higiene del vecindario, fomento de sus intereses rurales y materiales y seguridad de las personas y propiedades.

Policía urbana y rural, ó sea cuanto tenga relación con los servicios municipales establecidos, cuidado de la vía pública en general y limpieza, higiene y salubridad del pueblo:

Visto el art. 89 de la misma ley, que prohibe á los Juzgados Tribunales admitir interdictos contra las providencias de Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que la prohibición que establece el art. 89 de la ley Municipal á la admisión de interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes está limitada á los acuerdos administrativos que adopten en asuntos de su competencia:

2.° Que por el acuerdo del Ayuntamiento de Valladolid se autorizó á D. Alejandro Rueda para abrir una puerta y construir una atarjea en la tapia de la ribera situada á la izquierda del camino de Salamanca frente al penal:

3.° Que la tapia de la ribera no confina con el camino de Salamanca, sino con terrenos inscritos en el Registro de la propiedad, como poseídos por Felisa Fernández de la Fuente, y sobre cuya propiedad pende pleito ante los Tribunales ordinarios, según confiesa el mismo D. Alejandro Rueda:

4.° Que no pudiendo el Ayuntamiento conceder la autorización para abrir la puerta sobre terrenos de propiedad particular, á los cuales se impondría por este hecho una servidumbre, es evidente que el acuerdo en que tal autorización se concedió excede el límite de las atribuciones de la Corporación municipal:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 2 de Marzo de 1883.)

Real decreto de 8 de Octubre de 1889.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos: improcedencia del interdicto contra ellas.

En el expediente y autos de competencia promovida entre el Gobernador civil de la provincia de Burgos y el Juez de primera instancia de Briviesca, de los cuales resulta:

Que en 29 de Noviembre de 1882, y en virtud de expediente instruído por el Ayuntamiento de Briviesca, el Alcalde de dicha lla dictó la siguiente providencia:

«Resultando del conocimiento pericial que antecede que las anales del molino que lleva en arrendamiento Nicolás Q intana e han levantado á la altura de tres pulgadas la una, y de cinco

la otra, sobre el nivel que les corresponde y que debían tener con arreglo á los hitos que por evitar disputas se pusieron en 1836, y siendo esta la causa de que las aguas tomen la elevación que no deben por los perjuicios que se siguen á las casas de la calle del Río, y proviniendo además de ello el reposarse todas las inmundicias y todo por la falta de corriente, no pudiendo haber causado ese despojo de propiedad otro que el expresado Quintana, declara su merced que debe de mandar y manda que á costa del inquilino del molino, Nicolás Quintana, y en término de segundo día, se rebajen las dos canales las tres y cinco pulgadas respectivamente, que los peritos han hallado de mayor altura que las que permiten los hitos ó medidas que se pusieron en el año de 1836, apercibiéndole además para que en lo sucesivo se abstenga de mover dichas canales, y si lo hiciere sea castigado con 10 ducados de multa por la primera vez:

Que hecho así y echada el agua corriente para poder moler, se fije una piedra gruesa serrana al lado del hito del medio entre el puente y las canales, que bien fija en la tierra salga con la misma altura que demuestre el agua después de rebajadas las canales al referido nivel de los hitos, con lo que en lo sucesivo no podrá haber disputa alguna, porque la piedra serrana dará á conocer cualquier novedad que se haga en dichas canales:»

Que en 25 de Septiembre de 1886 celebró sesión el Ayuntamiento de Bribiesca, y dada cuenta de una instancia de varios dueños de las huertas contiguas al cauce molinar de la villa solicitando el pronto remedio á los abusos cometidos por D. Pedro Manuel Ruiz, como el ejecutado en la tarde del día 8 del expresado mes, en que, á consecuencia de haber alterado Ruiz el canal y haberse detenido las aguas por las rejas, se habían inundado las huertas repetidas veces, causándose grandes perjuicios, y habiendo exposición de que se alterara el orden público, el Ayuntamiento acordó por unanimidad que se llevara á efecto lo dispuesto por Ayuntamientos anteriores, echando por tierra el tablón que colocó D. Pedro Manuel Ruiz en el canal del cauce en el puente de San Andrés sin el competente permiso, con objeto de dar mayor entrada de aguas al cauce que discurre por la [illegible] del Río, intramuros de la población, para evitar de esa manera que ocurran en lo sucesivo las inundaciones de que han sido víctimas las casas de los vecinos de la citada calle del Río y pue[illegible]

alterarse el orden público; y que asimismo se echaran por tierra y no se consintieran en lo sucesivo las verjas que Ruiz había colocado sin previo permiso, tanto en la desembocadura del molino como en la fábrica, deteniendo con esto el curso de las aguas.

Dicho acuerdo fué tomado, entre otros Concejales, por Don Marcelino Alonso de la Puente, D. Ruperto Santa Olalla, Don Gregorio González, D. Sinforiano Quintana y D. Manuel Sagredo, autorizando el acta como Secretario D. Paulino Alonso:

Que en 3 de Octubre de 1887 fué presentado en el Juzgado de Bribiesca, a nombre de D. Pedro Manuel Ruiz, un interdicto de retener ó recobrar contra sus convecinos los referidos Puente, Santa Olalla, González, Quintana, Sagredo y Alonso y D. Santiago Manzanedo Gómez, fundándose la demanda en los siguientes hechos: 1.°, que el actor en el interdicto venía poseyendo á título de dueño desde 1876, por compra que hizo á varios particulares, la fábrica de harinas que se conoce por el nombre de la *Perla Burebana*, única que hay en Bribiesca, situada en las inmediaciones del juego de pelota, así como también el molino harinero que la sirve de auxiliar, y está situado agua arriba cerca del paseo de la Taconera de esta villa, cuyos dos artefactos eran movidos por el agua de un solo cauce que les es adherente, hasta la tarde del 4 de Octubre de 1886; 2.°, que dicha tarde se presentaron los demandados en el sitio denominado la Florida, en donde hay un acueducto de madera, que antiguamente fué de piedra, el cual constituye en aquella parte el cauce molinar por donde va toda el agua que sirve de motor á dichos artefactos; llevaron una cuadrilla de operarios y destruyeron el acueducto, serrando los tablones de las márgenes hasta reducirlos á la mitad próximamente de su altura; vinieron luego asimismo al molino, y desde aquí pasaron en seguida á la fábrica sobredichos, y arrancaron las rejas de hierro que en la embocadura de las canales de ambos artefactos protegían la maquinaria, y rompieron y dejaron resentidos los muros de ambos edificios, como era natural para practicar esas operaciones. Y por más que D. Pedro Manuel Ruiz se opuso y protestó contra esos actos de violencia y llamó al Notario público de la villa, D. José Mallaina, para que levantase acta de ellos, nada pudo evitar ni conseguir, sino que hasta impidieron los demandados al Notario levantar el acta,

diciéndole que obraban y se lo impedían bajo su propia responsabilidad, y desde entonces han dejado de andar ambos artefactos, teniendo que darse de baja el D. Pedro Manuel Ruiz en la industria de fabricación de harinas, porque no pueden funcionar así destrozados:

Que sustanciado el interdicto, el Juzgado declaró no haber lugar al mismo por corresponder el conocimiento de los hechos de que se trata á la Administración; é interpuesta apelación por D. Pedro Manuel Ruiz, la Audiencia de Burgos declaró nulas las actuaciones de la primera instancia del interdicto, reponiendo en su virtud, los autos al estado de la comparecencia al juicio verbal:

Que el Alcalde de Bribiesca acudió al Gobernador de la provincia de Burgos en solicitud de que requiriese de inhibición al Juzgado, manifestando que los vecinos de la calle del Río, en dicha villa, y los propietarios de huertas, se habían quejado diferentes veces de los perjuicios que sufrían con motivo de las obras que D. Pedro Manuel Ruiz, dueño de los molinos harineros, estaba haciendo frecuentemente en el cauce molinar, de carácter público, que atraviesa el interior de la población, ya profundizando el acueducto y privando del riego á las huertas, ya deteniendo las aguas para dar más fuerza motriz á las turbinas, lo que producía que saliendo el agua por cima del muro de contención, entraba en las casas y anegaba los graneros y las cuadras; que para adquirir mayor cantidad de agua había añadido Ruiz unas tablas al canal de madera del arroyo de San Andrés, donde está el aforo y nivelación de las aguas hecho por el Ayuntamiento desde tiempo inmemorial: que las aguas son utilizadas en dos partes por el Ayuntamiento, en dos por dos regantes, en dos por el Duque de Frías, y en tres por los molinos, contribuyendo en proporción los partícipes á los gastos que se originan en las reposiciones del cauce y de la presa del río Oca, en donde las aguas tienen su alumbramiento; que la colocación de dichas tablas y de unas rejas que D. Pedro Manuel Ruiz había puesto en el cauce, próximas á los molinos, había sido causa de que las aguas, no pudiendo discurrir por su cauce, causaran alg inundaciones en las huertas, promoviéndose con este motiv gún motín entre los dueños y colonos de las fincas y D. P Manuel Ruiz y sus criados; que en virtud de instancia sus

por una Comisión de los lastimados en sus intereses, el Ayuntamiento dictó su acuerdo de 26 de Septiembre de 1886; que Don Pedro Manuel Ruiz había denunciado criminalmente ante la Audiencia de Burgos al Alcalde y varios Concejales, al Secretario, al Alguacil y Guarda fontanero, habiéndose sobreseído en la causa, y que posteriormente había presentado un interdicto de retener ó recobrar contra varios de los que presenciaban las obras que se estaban ejecutando por orden del Ayuntamiento, y que eran los mismos denunciados criminalmente, excepto el Alguacil, á pesar de constar al demandante que los demandados no presenciaban las obras como particulares, sino como encargados de cumplir y ejecutar un acuerdo del Ayuntamiento, sin que ninguno de los demandados, con excepción del fontanero D. Santiago Manzanedo, destruyera por sí las tablas y rejas, sino que esa operación era verificada por los braceros que la Autoridad había designado:

Que en vista de la anterior comunicación del Alcalde, el Gobernador de la provincia de Burgos, de acuerdo con la Comisión provincial, requirió de inhibición al Juzgado, donde ya se hallaban los autos devueltos por la Audiencia, fundándose en que la providencia del Ayuntamiento de Bribiesca, que había dado lugar al interdicto promovido por D. Pedro Manuel Ruiz, había sido tomada dentro del círculo de las atribuciones de la Corporación municipal, no pudiendo, por tanto, ser combatida por la vía de interdicto. El Gobernador citaba los artículos 72, 73, 89 de la ley Municipal y el 178, 252 y 253 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 y varias decisiones de competencia:

Que tramitado el incidente, el Juzgado sostuvo su jurisdicción, alegando: que la prohibición de interponer interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos está limitada á aquellos casos en que dichas providencias no afecten en poco ni en mucho á la propiedad ó á la posesión ó tenencia, sobre las cuales no corresponde á la Administración decidir, siendo ésta atribución de los Tribunales; que no consta que el acuerdo del Ayuntamiento de Bribiesca se notificase al demandante, á quien afectaba, careciendo, por tanto, de las formalidades de que debía hallarse revestido, y por último, que es de la competencia de los jueces y de los Tribunales conocer de las cuestiones relativas á aguas públicas ó privadas en cuanto afectan á la posesión, ó se

fundan en un título de Derecho civil. El Juzgado citaba los artículos 89, 170 y 172 de la ley Municipal, 2.° y 4.° de la ley orgánica del Poder judicial, y 127, 254 y 255 de la ley de Aguas, la Real orden de 21 de Febrero de 1880 y una decisión de competencia:

Que en el incidente de competencia presentó el actor en el interdicto la escritura de compra á su favor de dos molinos harineros, sitos en jurisdicción de Bribiesca, y una certificación de haber incoado un expediente solicitando autorización del Gobernador para hacer varias reformas y mejoras en dos molinos, situados, uno, cerca del juego de pelota, y otro, cerca de la Taconera, autorización que se había concedido á Ruiz por el Gobernador, respetando todos los derechos que sobre las aguas se disfrutaban al tiempo de la concesión, conservando la misma altura de las bocas canales de los artefactos y salto de agua respectivos, y encomendando que la ejecución de las obras se verificase bajo la inspección facultativa del Ingenioro de Obras públicas de la provincia:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 72 de la ley Municipal, que atribuye á la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos, con arreglo al núm. 1.° del artículo 84 de la Constitución, y en particular cuanto tenga relación, entre otros, con los objetos siguientes:

1.° Con el del establecimiento y creación de servicios municipales referentes al arreglo y ornato de la vía pública, comodidad é higiene del vecindario, fomento de sus intereses materiales y morales y seguridad de las personas y propiedad.

2.° Policía urbana y rural, ó sea cuanto tenga relación con el buen orden y vigilancia de los servicios municipales establecidos, cuidado de la vía pública en general y limpieza, higiene y salubridad del pueblo:

Visto el art. 73 de la propia ley, según el cual es obligación de los Ayuntamientos procurar por sí, ó con los asociados, en los términos que más adelante se expresarán, el exacto cumplimiento, con arreglo á los recursos y necesidades del pueblo, de fines y servicios que según la presente ley están sometidos á acción y vigilancia, y en particular de los siguientes:

1.° Conservación y aseo de la vía pública.

2.° Policía urbana y rural.

Visto el art. 89 de la ley que viene citándose, que prohibe á los Juzgados y Tribunales admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que el acuerdo del Ayuntamiento de Bribiesca, adoptado en 25 de Septiembre de 1886, y á instancia de varios vecinos del pueblo, fué tomado dentro del círculo de las atribuciones de la Corporación municipal, puesto que tuvo por objeto evitar que se repitieran las inundaciones que habían tenido lugar en las huertas y en las casas.

2.° Que el interdicto interpuesto por D. Pedro Manuel Ruiz tiende á dejar sin efecto el acuerdo de que se ha hecho mérito, siendo improcedente dicho recurso, en virtud de lo dispuesto en el art. 89 de la ley Municipal:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* del 4 de Noviembre de 1889.)

Real decreto de 17 de Junio de 1890.—Servidumbre de paso.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de La Coruña y el Juez de primera instancia de aquella capital, de los cuales resulta:

Que en 19 de Septiembre de 1887 acudió D. Pedro del Río al Ayuntamiento de La Coruña con un escrito, en el que exponía que tenía el derecho de servidumbre sobre la senda que pasa á espalda de las casas de la calle de Garás, excepción hecha del número 49, que era de su propiedad, y que como el propietario de la casa núm. 48 estaba cerrando el paso de la referida senda, creía en el caso de acudir á la Corporación municipal para manifestarle los derecho civiles que tenía sobre la dicha senda, para que en el caso de que solicitase D. José A. Pereira, propietario de la casa núm. 48, algún permiso de la Corporación, tu-

viera ésta exacto conocimiento de los hechos y no permitiera que se cometiera un despojo de sus derechos civiles:

Que pedido informe al Arquitecto municipal, á la Comisión de Policía y al Letrado consultor del Ayuntamiento, dictó esta Corporación acuerdo en 3 de Octubre de aquel año mandando prevenir al D. José Antonio Pereira que inmediatamente dejase al aire y libre circulación el sendero que corría por la parte accesoria de su casa núm. 48 de la calle de Garás, haciendo desaparecer el callejón que había iniciado:

Que en 15 de Octubre presentó D. Román Tulla, en nombre de D. Pedro del Río, una demanda de interdicto ante el Juzgado de La Coruña, alegando: que el público en general, y los propietarios de casas de la calle de Garás tenían el derecho de servirse de una senda que, comenzando entre las casas números 40 y 41 de la citada calle, sigue á espaldas de ellas hasta llegar al número 49, en el cual forma un ángulo, y sigue á espaldas de los números 50 y 51, y que las casas números 47 y 49 de que era propietario el demandante, tiene cada una su puerta al citado sendero; que los causantes del actor habían obtenido en los años 1858 y 1883 sentencias restituyéndoles en la posesión del citado sendero, que había obstruído el propietario de la casa número 48, D. José Pereira, á pesar de lo cual, y de estar las sentencias inscritas en el Registro de la propiedad, aquél había ejecutado obras que impedían el paso por la senda, y dirigían las aguas á verter sobre la casa núm. 47; por todo lo cual, suplicaba que se reintegrase al actor en el derecho en que había sido perturbado por las obras ejecutadas por Pereira:

Que admitido el interdicto, y citadas las partes á juicio verbal, el Gobernador de la provincia requirió de inhibición al Juzgado, y sustanciado el incidente de competencia, se declaró, por Real decreto de 16 de Febrero de 1889, mal formada y que no había lugar á decidirla:

Que subsanado el defecto, el Gobernador dirigió, previa audiencia de la Comisión provincial, nuevo requerimiento al Juzgado, alegando que compete á los Ayuntamientos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos, con arreg el art. 84 de la Constitución, y en particular cuanto tenga rel ción con la apertura y alineación de las calles y plazas y de toc clase de vías de comunicación, la vigilancia y guardería, la pol

cía urbana y rural, cuidado de la vía pública y limpieza, higiene y salubridad del pueblo; que la Administración municipal comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del Municipio, y la reparación y conservación de los caminos rurales; que es obligación de los Ayuntamientos procurar por sí, ó con los asociados, el exacto cumplimiento de los fines y servicios que están sometidos á su acción y vigilancia, y en particular de los referentes á la conservación y arreglo de la vía pública, policía urbana y rural, y de seguridad y administración, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo; que los Juzgados y Tribunales no pueden admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en asuntos de su competencia; que solamente compete el derecho de utilizar los interdictos de retener y de recobrar, para que los Jueces amparen, y, en su caso, reintegren en la posesión al indebidamente expropiado, cuando alguno sea privado de su propiedad, sin que se hayan llenado los requisitos marcados en el art. 3.° de la ley de Expropiación forzosa; que los acuerdos de los Ayuntamientos, conservatorios de servidumbres vecinales, son apelables ante los Gobernadores, y los acuerdos de éstos reclamables en vía contenciosa; que no es sólo derecho, sino deber de los Ayuntamientos, llenar los fines que la ley les encomienda, sin que puedan dejar de hacerlo; y en tal concepto, no pueden abandonar la conservación de un camino que tiene carácter de público; que la jurisdicción no es prorrogable cuando se trata de determinar la que corresponde á las Autoridades judiciales ó administrativas; que el asunto sobre que versaba la contienda jurisdiccional era administrativo porque se refería á la conservación de un camino que siempre se había tenido y conceptuado como público; citaba el Gobernador los artículos 72, 73 y 89 de la ley Municipal, el 4.° de la de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879, las Reales órdenes de 20 de Enero y 5 de Febrero de 1879, el art. 83 de la ley de 25 de Septiembre de 1863, y una decisión de competencia:

Que el Juez oyó á las partes, y después de celebrar la vista del incidente, dictó auto en el que expuso que las cuestiones que habían dado lugar al interdicto eran dos: una la obstrucción de senda, y otra el establecimiento del cauce para las aguas pluviales; que la senda era de servicio público, y que el mayor uso que

de ella pudieran hacer el demandante ú otros propietarios, no podía modificar este carácter, porque en una servidumbre no puede existir otra servidumbre, atribuyéndose mutuamente la idea de camino público y privado, y que la inscripción en el Registro no podía dar vida á un derecho que carecía de condiciones legales de existencia; que aplicada esta doctrina al caso discutido, no cabía duda de la competencia del Ayuntamiento para conocer en la primera cuestión, pues que no cabía asimismo discutir si las obras ejecutadas por Pereira habían sido ó no autorizadas por el Ayuntamiento, y si aquél cumplió ó no con los acuerdos de esta Corporación, que no aparecía que se hubiera impuesto á la parte demandante servidumbre, ocupación ni limitación de su propiedad, que pudiera motivar el interdicto, sino cuando más una variación en la forma de utilizar una vía, sobre la cual no tenía derecho alguno; que el cauce de las aguas pluviales no tiene carácter de servidumbre pública, ni acerca de este punto reclamaba la competencia el Gobernador, y era de la jurisdicción ordinaria, terminando el auto declarándose al Juzgado competente para continuar conociendo en lo relativo al cauce é incompetente para entender en lo que á la senda pudiera referirse:

Que apelado este auto por parte del Fiscal y del demandante, se admitió la apelación, y oídas las partes y celebrada la vista, dictó la Sala auto mandando al Juez que se declarase competente, fundada en que no podía ponerse en duda que el objeto, asunto del interdicto, era de la competencia exclusiva de los Tribunales, porque se ventila un derecho real de servidumbre de carácter privado, pues aun cuando el sendero fuese aprovechado por el público en razón á no hallarse cerrados los predios que le disfrutaban, esto no era bastante para darle el carácter de vía pública, según manifestaba en su informe el Arquitecto municipal; que confirma el carácter de servidumbre privada las dos sentencias recaídas en interdictos anteriores que habían venido á reconocer y amparar el derecho del demandante, inscrito en el Registro de la propiedad; que las facultades que la ley Municipal confiere á los Ayuntamientos están limitadas y no les faculta para resolver sobre derechos civiles ni para decidir cuestior de propiedad y posesión entre particulares ni para liberar g vámenes inscriptos en el Registro, no pudiendo el Ayuntamien resolver sobre la posesión de una servidumbre, cuyo ca

cimiento corresponde á los Tribunales, según el art. 172 de la ley Municipal:

Que aun siendo pública la servidumbre y aun habiendo el Ayuntamiento acordado cerrarla, no podría haberlo hecho sin llenar los requisitos que establece la ley de Expropiación forzosa; que la demanda no contradecía ningún acuerdo del Ayuntamiento, sino que apoyaba el tomado por aquella Corporación, y por consiguiente, no resultaba infringido el art. 89 de la ley Municipal:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de todo lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 2.° de la ley provisional sobre organización del Poder judicial, que dispone que la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente á los Jueces y Tribunales:

Considerando:

1.° Que el presente conflicto se ha suscitado con motivo del interdicto promovido por D. Pedro del Río para retener la posesión de una servidumbre de paso, en que se dice perturbado por D. José Antonio Pereira, á consecuencia de las obras ejecutadas por éste en la casa núm. 48 de la calle de Garás.

2.° Que el informe del Arquitecto municipal, en el que se dice que la vía de que se trata no puede llamarse pública en la verdadera y genuína acepción de la palabra, y el haber amparado los Tribunales al actor en la posesión que pretende por dos sentencias que se hallan inscritas en el Registro de la propiedad, demuestran el carácter particular de la servidumbre, carácter que se confirma por el hecho de no haber pretendido el demandado licencia del Ayuntamiento para realizar las obras.

3.° Que fué tomado con competencia el acuerdo de la Corporación municipal en este asunto, y recaído á consecuencia de una solicitud de D. Pedro del Río, en que lo único que se pretendía
que el Ayuntamiento no adoptase en la cuestión resolución
una que pudiera afectar los derechos de carácter civil del so-
tante.

° Que tratándose de dilucidar una cuestión de carácter civil,
conocimiento corresponde á los Tribunales ordinarios.

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 24 de Junio de 1890.)

Real decreto de 16 de Agosto de 1890.— Montes públicos. Improcedencia del interdicto promovido contra su aprovechamiento.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Sevilla y el Juez de primera instancia de Cazalla de la Sierra, de los cuales resulta:

Que en 12 de Junio de 1889 el Procurador D. Antonio Delgado Pardo, en nombre de D. Vicente Ramos Welbert, D. Juan Huerto Castelló y D. Martín Ortiz y Ortiz, dedujo ante el Juzgado referido demanda de interdicto de recobrar la posesión, alegando: que sus representados eran dueños y legítimos poseedores proindiviso, y por iguales partes, de tres suertes de tierra, en el sitio que llaman Barrancos, término municipal de Almadén de la Plata, con la cabida y linderos que se describen; que las expresadas suertes de tierra, que ahora formaban un solo predio, fueron adquiridas por los demandantes, en virtud de compra que hicieron al Estado, según escritura otorgada en la ciudad de Sevilla en 7 de Enero de 1887; que la posesión judicial de las referidas fincas fué dada á los demandantes en el mismo mes de Enero de 1887; que desde esta fecha, la parte actora había gozado de una quieta y pacífica posesión de los terrenos descritos, hasta que en el mes de Abril del año próximo pasado, Antonio Romero Muñoz, Guillermo Domínguez, Isabel Guerrero Rull y Gregorio Navarro García, se introdujeron en una de las citadas suertes de tierra y en los sitios llamados Avispero y Cerro Julio, y en contra de la voluntad de los demandantes, legítimos dueños y poseedores, rozaron la mataprieta y prepararon tierras para la siembra venidera en cantidad próximamente de cinco fanegas primero de los demandados, cuatro el segundo y una el terce que la ejecución de tales actos demostraba un verdadero desp de la tranquila y pacífica posesión que los demandantes disf

taban de las repetidas suertes de tierra; que el haberse atentado á dicha posesión por los demandados, creían los demandantes que nacía de la idea absurda de que la venta hecha por el Estado se había de declarar nula; pero que mientras esta resolución no recayera, no podían los compradores por nada ni por nadie ser privados de esa posesión:

Que inscrita en el Registro de la propiedad la compra hecha al Estado por los demandantes de los terrenos que, con objeto del interdicto, acompañaron á la demanda una certificación expedida por el Registrador, donde se hace constar esa circunstancia:

Que según afirma el Ayuntamiento de Almadén de la Plata y el Ingeniero Jefe de Montes, por orden de la Dirección general de Propiedades y Derechos del Estado de 11 de Marzo de 1887, fué anulada la venta de los terrenos de que se trata, cuya nulidad fué confirmada por Real orden de 4 de Julio del mismo año, extremo que confirma la certificación que el actor en el interdicto ha presentado en autos, expedida por el Secretario general del Consejo de Estado en 3 de Enero de 1888, por la que se acredita que D. Martín Ortiz y Ortiz, D. Vicente Ramos y D. Juan Huerto Castelló, habían deducido demanda contencioso-administrativa contra la Real orden expedida por el Ministerio de Hacienda en 14 de Julio de 1887 sobre nulidad de la subasta de los lotes en que se dividió la finca titulada Laderas del Río, procedente de los Propios de Almadén de la Plata:

Que según hace constar el Ingeniero Jefe de Montes, no existe ninguna dehesa llamada Barranco, sino que dentro del monte denominado Azor y Laderas del Río existen parajes con diferentes nombres, y que el expresado monte se encuentra incluído en el Catálogo de los públicos, como perteneciente á los Propios del Ayuntamiento de Almadén de la Plata:

Que también afirma el Ayuntamiento expresado que, en virtud de la autorización concedida por el Ingeniero Jefe del distrito forestal, la Corporación municipal había concedido á los vecinos de aquel pueblo, previo sorteo celebrado en 10 de Marzo último, aprovechamiento de los terrenos objeto del interdicto:

Que practicada la información testifical en el interdicto, y citadas las partes para el juicio verbal, el Ayuntamiento de Almadén de la Plata acudió al Gobernador de la provincia para que

suscitara al Juzgado la oportuna competencia, como así, en efecto, lo hizo la Autoridad gubernativa, de acuerdo con la Comisión provincial, fundándose en que era improcedente el interdicto de que se trataba, pues habiendo desaparecido por completo con la anulación de las subastas de dichos terrenos el derecho que á los mismos y á los actos á ello consiguientes dieron á los rematantes, éstos no podrían ostentar ninguno respecto de los expresados inmuebles, y mucho menos emplear el medio del interdicto para impedir que el Ayuntamiento continuase disponiendo su disfrute en el modo y forma correspondiente, puesto que pertenecía al pueblo; en que los artículos 72, 73 y 75 de la ley de 2 de Octubre de 1887 conceden á los Ayuntamientos facultades para la conservación y administración de los bienes comunales y el modo de su aprovechamiento por los vecinos; en que el expresado interdicto infringía el art. 81 del Reglamento de 17 de Mayo de 1865, que declara corresponder á los Ayuntamientos la administración de los montes de los pueblos, aun los exceptuados de la venta, con arreglo á la ley de 24 de Mayo de 1863, así como también el art. 89 de la ley Municipal, que prohibe á los Juzgados y Tribunales admitirlos en semejantes casos:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó auto declarándose competente, alegando que interpuesta demanda contencioso-administrativa contra la Real orden de 14 de Julio de 1887, que declaró nulas las subastas de los lotes en que se dividió la finca denominada Laderas del Río, no podía hacerse innovación en la venta celebrada sin alterar el estado de derecho creado por la escritura de adquisición y la posesión judicial dada con posterioridad á los compradores; que si esto no admitía controversia, era evidente que carecía de aplicación al caso actual el art. 73 de la ley Municipal, porque aquí no existía la usurpación que se pretendía, como lo demostraba la legitimidad del título, ni, caso de que existiera, podría declararse comprendido en la referida disposición, porque, según la misma Autoridad requirente afirmaba, pasaba de año y medio que los compradores se hallaban en posesión judicial de los expresados lotes, lapso de tiempo que no era posible confundir con el sentido de reciente que la ley buía á la usurpación; que para que la Administración pu conocer de las cuestiones referentes á bienes vendidos en con de desamortizados, era condición precisa que la posesión

compradores fuese menor de año y día, circunstancia que no concurría en el caso que se discutía, siguiéndose de aquí que la cuestión planteada debía ventilarse ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria por tratarse de un derecho de carácter civil reconocido y sancionado por la ley fundamental del Estado, que manda amparar en la posesión de sus bienes á los ciudadanos mientras no sean oídos y vencidos en juicio; que desde el momento en que se evidenciaba la falta de condiciones por parte de la Administración para avocar á sí el conocimiento del asunto, holgaban todas las disposiciones citadas en apoyo de la competencia suscitada:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el siguiente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 100 de la ley de 13 de Septiembre de 1888, que regula el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, según el cual, los Tribunales de lo contencioso-administrativo podrán acordar, oído el Fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en la vía contenciosa, cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar á las resultas al que hubiere pedido la suspensión. Si el Fiscal se opusiere á la suspensión, fundado en que de ésta puede seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse á efecto sin acuerdo del Gobernador ó del Gobierno, según que la resolución reclamada proceda de la Administración local ó provincial ó de la central, las cuales expondrán como fundamento de su acuerdo las razones que aconsejen tal medida. Cuando de la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior puede seguirse menoscabo al servicio público, se limitará el Tribunal á dar curso á las pretensiones de suspensión, elevándolas con su informe al Ministerio ó Autoridad á quien incumba resolverlas:

Visto el núm. 3 °, art. 72, de la ley Municipal vigente, que atribuye á la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la Administración municipal, que comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y establecimientos que de él dependan:

Visto el art. 75 de la propia ley, que determina como atribución de los Ayuntamientos arreglar para cada año el modo de

división, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales del pueblo, con sujeción á las reglas que este mismo artículo establece:

Visto el art. 89 de la referida ley, que prohibe á los Juzgados y Tribunales admitir interdictos contra las providencias de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Considerando:

1.° Que declarada la nulidad de la venta hecha por el Estado de los terrenos objeto del interdicto por la Real orden de 14 de Julio de 1887, esta Real orden es inmediatamente ejecutiva, aunque contra la misma se haya interpuesto demanda contencioso-administrativa, á no ser que los interesados pidan y la Autoridad competente acuerde la suspensión de dicha ejecución en la forma que determina el art. 100 de la ley de 13 de Septiembre de 1888, anteriormente citado, lo cual no consta que haya tenido lugar en el presente caso.

2.° Que desde el momento en que por la Real orden referida quedó anulada la venta de que se trata, volvieron las fincas objeto de la misma á adquirir la condición que tenían antes de su enajenación; y, por lo tanto, el carácter de montes públicos pertenecientes á los Propios del Ayuntamiento de Almadén de la Plata.

3.° Que en tal concepto, al disponer el Ayuntamiento del expresado pueblo, en conformidad á los planes de aprovechamiento establecidos por el Ingeniero Jefe del distrito forestal, la forma en que los vecinos habían de efectuar el aprovechamiento de los citados terrenos, lo hizo en virtud de las facultades que para ello le conceden las disposiciones vigentes, y el acuerdo y providencias á tal objeto encaminadas, fueron tomadas dentro del círculo de las atribuciones que competen á la Corporación municipal.

4.° Que obrando los vecinos del pueblo de Almadén de la Plata, contra los que se dirige el interdicto, con estricta sujeción á los acuerdos y providencias del Ayuntamiento, es indudable que el expresado interdicto tiene por objeto dejar sin efecto acuerdo y providencias administrativas, dictadas dentro del círculo de sus atribuciones.

5.° Que en tal concepto no ha podido admitirse ni darse cu al interdicto incoado por D. Vicente Ramos Welbert, en conf midad á lo dispuesto en el art. 89 de la ley Municipal anteri mente citada.

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. (*Gaceta* de 26 de Agosto de 1890.)

Real decreto de 29 de Enero de 1892.—Providencias administrativas de los Ayuntamientos en asuntos de su competencia. Cerramiento de un callizo como medida de salubridad: improcedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia promovida entre el Gobernador de la provincia de Alicante y el Juez de Novelda, de los cuales resulta:

Que á nombre de D. Antonio Arqués Viceto, se presentó en el referido Juzgado un interdicto de recobrar contra Juan Chust Martínez, alegando como hechos que el demandante se hallaba en posesión desde hacía cuatro años de un terreno ó corral contiguo por la puerta de Poniente con la pared donde tenía el postigo su casa en el pueblo de Agost, y sitio denominado del Porchet; lindante por Levante con el huerto de los herederos de Josefa Castelló, Poniente con dicha casa; Mediodía con corral de José Castelló, y Norte con el callejón del Porchet; que dicho terreno comprende lo que desde tiempo inmemorial era un azagadero ó paso de ganados, denominado callejón del Porchet, hasta que en 1854, y con motivo de la epidemia colérica, con objeto de evitar la entrada en la población á los forasteros que pudieran contagiar al vecindario, había acordado el Ayuntamiento construir dos pequeñas paredes, una al extremo que daba acceso á la puerta llamada la Escaleta, y la otra al extremo opuesto, llamado Porchet, llenando esta última pared el hueco que quedaba entre la casa horno del demandante y el mencionado huerto, viniendo así á quedar cerrado el antiguo callejón del Porchet, del cual los dueños de las respectivas casas habían venido disfrutando el indicado terreno fronterizo con el mismo y utilizándolo; que en 9 del expresado mes, Juan Chust Martínez había destruído la pared construída por el Ayuntamiento que cercaba el citado terreno por el callejón del Porchet, dejando así á mer-

ced del público los objetos que allí tenía el demandante; que el mismo Chust había entrado en el referido terreno ó corral, había cogido la leña que tenía el demandante, la había colocado en otro punto y había abierto una zanja para levantar una pared, habiendo reedificado otra, en la que había puesto una puerta, cuya llave se guardó, para entrar al corral; hechos todos con los cuales había perturbado al demandante en la posesión del terreno de que se trata:

Que habiendo recibido información testifical, y después de presentarse á nombre de Juan Chust un escrito manifestando que reconocía ser ciertos los hechos de la demanda y se reservaba las acciones que le correspondieran para ejercitarlas en el oportuno juicio, el Alcalde de Agost recurrió al Gobernador de la provincia á fin de que requiriese de inhibición al Juzgado:

Que la Autoridad gubernativa reclamó al Ayuntamiento de Agost los antecedentes que tuviera respecto al terreno de que se trata; y remitidos por la Corporación municipal, resulta de ellos: que en 20 de Diciembre de 1857 el Ayuntamiento de Agost acordó desestimar la pretensión de José Castelló, que pedía autorización para edificar una casita en la calle de Porchet, á fin de aprovechar un pasillo, que se obligaba á dejar libre si de nuevo se destinaba para azagador; que en 24 de Junio del corriente año el Alcalde de Agost, noticioso de que Juan Chust se había incautado de un terreno propiedad del Municipio, acordó que el interesado compareciese en la Alcaldía, y comparecido, declaró que se había apoderado del terreno en cuestión porque había visto que varios propietarios colindantes al azagador de Porchet ocupaban ese terreno, al parecer con tolerancia de la Corporación municipal, pero que no era su ánimo incautarse del terreno, y menos causar perjuicios, por lo cual estaba dispuesto á dejarle al Ayuntamiento cuando éste lo dispusiera, y á entregarle en el acto, si así lo exigía la Autoridad; que el Alcalde de Agost, fundándose en que desde 1854 fué condenado el paso del azagadero, porque en aquella época perjudicaba á la salud pública; en que los colindantes de dicho azagadero únicamente hacen uso cuando creen conveniente colocar leña para el servicio de sus casas, cual se tolera por la Corporación, ínterin ésta no dispone la h bilitación del paso de los ganados, ó en su caso la enajenaci del terreno que constituye el indicado azagadero; y por últi

en que Juan Chust, si bien sin ánimo de incautarse del terreno, había cometido una arbitrariedad al romper la tapia que daba paso á los ganados y á edificar sin la competencia previa, impuso á Juan Chust una multa de 5 pesetas, sin perjuicio de que inmediatamente entregara la llave de la puerta que había colocado en la referida tapia; apercibiéndole para que en lo sucesivo se abstuviera de hacer uso de terrenos que eran de propiedad del Municipio. Consta, asimismo, por los antecedentes, que cuatro testigos, mayores de sesenta y tres años, había declarado que siempre habían tenido como vía pública el callizo del Porchet:

Que en vista de los antecedentes referidos, el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, requirió de inhibición al Juzgado, fundándose en que resulta justificado que el callizo del Porchet estaba destinado desde inmemorial al uso y aprovechamiento de los vecinos y al paso de los ganados; en que el Ayuntamiento de Agost, al acordar como medida sanitaria condenar dicho callizo, obró en materia de su competencia y dentro del círculo de sus atribuciones; en que al imponer el Alcalde, como Presidente del Ayuntamiento y representante de la Administración, la multa que impuso á Juan Chust, también obró en uso de sus facultades; en que el Ayuntamiento tenía obligación de administrar, custodiar y conservar todas las fincas y derechos del pueblo, pudiendo y debiendo, para llenar los fines que le están encomendados, reivindicar las usurpaciones recientes ó de fácil comprobación, como es la de que se trata; y en que los interdictos no pueden contrariar providencias administrativas legítimamente adoptadas; el Gobernador citaba los artículos 73 y 89 de la ley Municipal y los Reales decretos de 17 de Diciembre de 1881, 19 de Enero de 1882 y 28 de Agosto del mismo año:

Que tramitado el incidente, el Juzgado sostuvo su jurisdicción, alegando: que no se trata para nada de la propiedad del callizo, sino de la posesión de un trozo de terreno ó corral, que desde 1854 venían poseyendo los propietarios de una casa horno, situada en el pueblo de Agost, posesión de la que fué privado el demandante; que el interdicto no se dirige contra providencia alguna del Ayuntamiento, sino contra el particular que ha destruído la pared y ha tomado un terreno, cuya posesión no aparece que perteneciera al demandado, como tampoco á la Corporación municipal; que esa afirmación está corroborada por el he-

cho de que ni en el escrito, ni en el oficio de requerimiento aparece la providencia administrativa que diera origen al interdicto, puesto que sólo consta una reclamación de un particular contra otro particular, sin que resulte cuál sea el acto realizado por el demandante, atentatorio á los derechos comunales del Ayuntamiento, y que tengan relación con el interdicto; y, por último, que no tienen aplicación al caso las disposiciones legales aducidas por el Gobernador; el Juzgado citaba el caso 4.° del art. 460 del Código civil y la regla 15 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 72 de la ley Municipal, que encomienda á la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la policía urbana y rural, ó sea cuanto tenga relación con el buen orden y vigilancia de los servicios municipales establecidos, cuidado de la vía pública en general, limpieza, higiene y salubridad de los pueblos, y la administración municipal que comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio:

Visto el art. 89 de la misma ley, que prohibe que los Juzgados y Tribunales admitan interdictos contra providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Visto el art. 114 de la propia ley, según el cual corresponde á los Alcaldes, únicos ó primeros en su caso, como Jefes de la Administración municipal, publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos de los Ayuntamientos, cuando fueren ejecutivos y no mediare causa legal para su suspensión, procediendo, si fuere necesario, por la vía de apremio y pago, é imponer multas que en ningún caso excedan de lo que establece el art. 77 y arresto por insolvencia, dirigir todo lo relativo á la policía urbana y rural, dictando al efecto los bandos y disposiciones que tuvieren por conveniente, conforme á las Ordenanzas y resoluciones generales de los Ayuntamientos en la meteria:

Considerando:

1.° Que al acordar el Alcalde de Agost que se dejase el callis de Porchet en el estado que tenía desde que en 1854 había dis

puesto el Ayuntamiento cerrarlo como medida de salubridad, obró dentro del círculo de las atribuciones que la ley le confiere:

2.° Que el interdicto propuesto por D. Antonio Cerqués Viceto viene á contrariar los acuerdos que tanto el Alcalde como el Ayuntamiento de Agost hayan tomado respecto al referido callizo del Porchet, en cuya posesión, según se deduce del expediente gubernativo y según las manifestaciones hechas por las dos partes interesadas en el el interdicto, se encuentra la Corporación municipal, á la que de esa suerte vendría á privarse de un derecho que tiene:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Administración. *(Gaceta* de 3 de Febrero de 1892.)

Real decreto de 27 de Febrero de 1892.—Expropiación forzosa. Decepación de terrenos de propiedad privada sin los requisitos del art. 3.° de la ley de 10 de Enero de 1879. Procedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Ciudad Real y el Jucz de primera instancia de Almodóvar del Campo, de los cuales resulta:

Que en escrito de 28 de Enero de 1886 el Procurador D. Martín Andrés Castillo, en nombre de D. José María Pérez Caballero, dedujo ante el Juzgada referido interdicto de recobrar, alegando que su representado venía en quieta y pacífica posesión de los quintos titulados Carneril Alto y Carneril Bajo, vulgarmente conocidos por los Quintillos, enclavados en aquel término municipal y en el Valle de Mendía, dentro de cuyos quintos existía un carril con la anchura ordinaria de un carro del país, que, partiendo de la vereda de ganados, iba á unirse con el antiguo camino llamado de la Plata, cuyo carril, que no contaba con más anchura que la expuesta, se había abierto y servía sólo para la extracción de maderas y carbones de los quintos contiguos; que desde las fuertes lluvias del mes de Marzo último, la Compañía minera del Horcajo, que hasta entonces se había limitado á hacer sus aca-

rreos por el carril de referencia, empezó á separarse de él y á invadir en diferentes trayectos y distintas direcciones los quintos antes mencionados, inutilizando con el paso continuo de sus carruajes una extensión de terreno á uno y otro lado del carril que no bajaba de 12 fanegas, 11 celemines y un cuartillo, que era lo que se diseñaba en el plano que se acompañaba á la demanda; que con estos actos, ejecutados de orden de la Empresa referida, había ésta despojado al D. José María Pérez Caballero de la posesión en que venía del terreno mencionado como parte integrante de los dichos quintos:

Que sustanciado el interdicto, la parte demandada propuso, entre otras excepciones, la de incompetencia de jurisdicción en el Juzgado, por existir en el Gobierno civil de la provincia un expediente instruído á nombre de la Compañía demandada y el actor para determinar la anchura del camino de que se trataba, y de las certificaciones que se presentaron en el juicio aparecía: que á instancia de la Compañía minera y metalúrgica del Horcajo, el Ayuntamiento de Almodóvar del Campo, en sesión de 17 de Mayo de 1884, acordó conceder á dicha Compañía autorización para reconstruir el camino vecinal que va desde la aldea del Horcajo á la estación del ferrocarril de Veredas, y en atención á que este camino podía afectar á los montes públicos, que se remitiera la instancia y plano presentados por la Compañía, con el presente acuerdo del Municipio, al Gobernador civil de la provincia para que se sirviera confirmarlo, si así procedía en justicia; y el Ayuntamiento de Brazatortas, también en sesión celebrada en 25 de Mayo del propio año 1884, acordó autorizar al Ingeniero Director de las minas del Horcajo para que, ya fuera con arreglo al plano presentado, ó bien bajo las reformas que en el trazado del camino creyera conveniente introducir, procediera á la recomposición y arreglo total ó parcial del mismo, ó sea del que desde la estación férrea de Veredas, enclavada en terrenos comunales de aquel pueblo, conduce á las minas del Horcajo, en la parte única y exclusiva de los terrenos de aquel común, sin otras limitaciones por parte de la Compañía concesionaria que la de quedar en todo sometida al cumplimiento exacto de las Ordenanzas de policía bandos de buen gobierno; resultando de otra certificación q por el Arquitecto provincial se había practicado un deslinde el que se asignó al camino de que se trata la anchura de u

metro 60 centímetros, pero sin que recayera sobre este extremo resolución alguna del Gobernador en el expediente de referencia, según así se hacía constar en otra certificación expedida por el Secretario interino del Gobierno civil de la provincia de Ciudad Real; por otras comunicaciones del Gobernador al Alcalde de Brazatortas, se le mandó que dejase libre el paso del camino mencionado para la circulación de los carretones de la Compañía minera del Horcajo y para cualquiera otra, así como el que protegiera y cuidara que por nadie se impidiera el paso por el citado camino:

Que seguido el interdicto por sus demás trámites, se dictó por el Juez sentencia declarando no haber lugar al mismo, y apelada por la parte actora dicha sentencia, fué revocada por la Superioridad, declarando haber lugar al interdicto promovido por Don José María Pérez Caballero contra la Compañía minera y metalúrgica del Horcajo, mandando que inmediatamente fuera repuesto aquél en la posesión de que había sido privado, con los demás pronunciamientos pertinentes del caso:

Que devueltos los autos al Juzgado, éste, en ejecución de la sentencia dictada, mandó reintegrar al actor en la posesión del terreno de que había sido despojado, señalando al efecto día para la práctica de esta diligencia, y antes de que tuviera lugar, el Gobernador de la provincia, á instancia de la Compañía minera y metalúrgica del Horcajo, y de acuerdo con la Comisión provincial, requirió de inhibición al Juzgado, fundándose en que, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 72 y 73 de la ley Municipal, es de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la composición y conservación de los caminos vecinales, y por tanto, los acuerdos tomados por los de Almodóvar y Brazatortas en 17 y 25 de Mayo de 1884 estuvieron dentro de sus atribuciones, siendo altamente beneficioso para los intereses de ambos Municipios el que la recomposición solicitada se hiciera por la Compañía; en que era principio inconcuso de derecho que contra las resoluciones de la Administración, dentro del círculo de sus atribuciones, no podían admitirse interdictos; en que la sentencia dictada era impotente para anular y dejar sin efecto la Real orden de 4 de Agosto de 1887, la cual únicamente podía ser impugnada en la vía contencioso-administrativa, según jurisprudencia sentada; en que, con arreglo al art. 89 de la ley Municipal citada, los

interdictos eran improcedentes contra las providencias de la Administración en los asuntos de su competencia, y el Real decreto de 4 de Noviembre de 1881 los declaraba asimismo improcedentes contra las providencias legítimamente adoptadas para la conservación de caminos y carreteras:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó auto inhibiéndose del conocimiento de este asunto en favor de la Autoridad administrativa, para que ésta resolviera en su jurisdicción la existencia y anchura del camino y lo comunicase al Juzgado, con objeto de dar cumplimiento debido á la sentencia dictada por la Superioridad en el interdicto:

Que interpuesta apelación del auto anterior por la parte de D. José María Pérez Caballero, fué revocado por la Superioridad, y declarándose competente á la jurisdicción ordinaria para continuar conociendo de la ejecución de la sentencia dictada en el interdicto, en cuanto se refería á dar la posesión á D. José María Pérez Caballero de los terrenos de que había sido despojado y demás acordado en la misma, quedando á salvo la jurisdicción de la Administración para conocer de cuanto á la existencia y anchura del camino fuera de sus peculiares atribuciones, alegando para ello: que la jurisdicción ordinaria era la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten entre los particulares, y los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tienen indudablemente para conocer de todas sus incidencias y para la ejecución de las sentencias que dicten; que el interdicto de referencia se contrajo á pedir se restituyera á D. José María Pérez Caballero en la posesión de los terrenos de la dehesa de los quintillos Carneril Alto y Bajo, ocupados por separarse los carros de la Compañía minera metalúrgica del Horcajo del carril de servidumbre, cuya anchura se fijó, de orden del Gobernador de Ciudad Real, en un metro 60 centímetros, invadiendo dichos terrenos en una zona extensa, y la sentencia dictada por aquella Sala amparó en dicha posesión á Pérez Caballero, ordenando fuese restituído en ella, sin que tuviese dicha sentencia otro objeto que restituirle en la posesión de los terrenos que limitaban el camino y de que había sido despojado: que el primer fundamento de la inhibición propuesta por el Gobernador era que la Compañía minera y metalúrgica de Horcajo solicitó y obtuvo en 1884 de los Ayuntamientos de Al-

modóvar del Campo y Brazatortas permiso para la reconstrucción y arreglo del camino público que de dichas minas conduce á la estación férrea de Veredas, y que atravesaba los términos de ambos pueblos, lo que suponía la preexistencia de un camino vecinal; pero no habiendo otro, según la certificación del Ayuntamiento de Almodóvar del Campo de 20 de Mayo de 1885, que el titulado de la Plata, claro era que no podía referirse al carril que atravesaba los quintillos, distante de aquél, toda vez que no era posible suponer que el Ayuntamiento de Almodóvar desconociese que el año anterior había concedido el permiso para la reconstrucción á la expresada Compañía; que cualquiera que fuese la resolución que en este extremo recayera, sería independiente de la ejecución de la sentencia dictada en los autos, la cual únicamente se refería á los terrenos de propiedad particular, dejando á salvo el camino que existía, y cuya anchura, si bien se tuvo presente al dictar el fallo, que era de un metro 60 centímetros, y posteriormente se había extendido hasta 16 pies, según la Real orden de 4 de Agosto de 1887, y la Administración, en uso de sus atribuciones y con entera independencia de la Autoridad judicial, podía adoptar aquellas providencias que procedieran dentro del círculo de sus atribuciones para dar cumplimiento á la citada Real disposición, y sin necesidad para ello de que la jurisdicción ordinaria se desprendiera del conocimiento de un asunto de su especial competencia, único motivo que reconocía el Juzgado para inhibirse; que otro fundamento de dicha inhibición era el de que fijada por la citada Real orden de 4 de Agosto la anchura del camino en 16 pies, se había interpuesto y sustanciado el interdicto, en el que había recaído sentencia contrariando dicha Real orden y dejándola sin efecto, lo que no era rigurosamente exacto, pues el interdicto se interpuso con más de año y medio de anterioridad á la misma, y repetidos Reales decretos, entre otros el de 22 de Junio de 1880, habían sentado la doctrina de que las resoluciones administrativas no influían en los autos ejecutados antes de su adopción, pues que sólo podía producir efecto para lo sucesivo, pero no convalidar actos anteriores, y respecto del art. 89 de la ley Municipal, que también se invocaba por el Gobernador, existía el Real decreto de 4 de Noviembre de 1881, en el que se decía que para que tuviera aplicación dicho precepto era necesario que hubiera una providencia administrativa contrariada

por el interdicto, y que así como no podían dejarse sin efecto por tal vía los acuerdos de la Administración, tampoco podía ésta invalidar el interdicto por medio de disposiciones tomadas con posterioridad á aquél, como sucedía en el presente caso; que siendo un punto incontrovertido que D. José María Pérez Caballero era dueño de la finca expresada, y que no podía ser de ella desposeído sino por causa de utilidad pública, la expropiación no podía llevarse á efecto sin que se cumplieran los requisitos del artículo 3.° de la ley de 10 de Enero de 1879, facultando la expresada ley, en su art 4.°, al que se viera privado de su propiedad sin haberse llenado tales requisitos, para entablar los interdictos de retener y recobrar:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites;

Visto el art. 4.° de la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879, según el cual todo el que sea privado de su propiedad sin que se hayan llenado los requisitos expresados en el artículo anterior, podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces amparen y en su caso reintegren en la posesión al indebidamente expropiado;

Considerando:

1.° Que la autorización concedida por los Ayuntamientos de Brazatortas y Almodóvar del Campo á la Compañía minera y metalúrgica del Horcajo para la reconstrucción del camino de que se trata, y la designación de la anchura que éste había de tener hecha por la Administración no facultaba á la Compañía concesionaria para apoderarse de terrenos de propiedad particular, sin que precediera para ello la expropiación forzosa por causa de utilidad pública:

2.° Que mientras no se incoe el oportuno expediente de expropiación y se llenen los requisitos establecidos en el art. 3.° de la ley de 10 de Enero de 1879, es indudable que procedía el interdicto promovido por Pérez Caballero:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno; En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 1.° de Marzo de 1892.)

Real decreto de 27 de Febrero de 1892.—Expropiación forzosa.—Ocupación de finca sin los requisitos del art. 3.º de la ley de 10 de Enero de 1879.—Procedencia del interdicto.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Valencia y el Juez de instrucción del distrito del Mar de aquella capital, de los cuales resulta:

Que con fecha 9 de Julio último el Procurador D. Julián García, en nombre de D. José Aznar y Delgado, dedujo ante el Juzgado del distrito del Mar de la ciudad de Valencia demanda de interdicto de recobrar la posesión contra la Sociedad Valenciana de Tranvías, exponiendo los siguientes hechos:

1.º Que su principal D. José Aznar posee una finca formada por virtud de varias adquisiciones, una de 36 hanegadas, equivalentes á dos hectáreas, 99 áreas, 19 centiáreas de tierra secana, con algarrobas y olivos, en el término de Burjasot, partida del fondo de Godella, con riego de pozo y máquina de vapor, habitación para el jornalero, corral y balsa; otro campo secano, plantado de viña, algarrobos y árboles frutales, de cabida de 15 hanegadas, equivalentes á una hectárea, 24 áreas, 76 centiáreas, en el término de Burjasot, partida de la Como de Godella; y otro campo también secano, con algarrobos y olivos, de cabida de 22 hanegadas, tres cuartones y 28 brazas, ó sean una hectárea, 88 áreas y 81 centiáreas, en el mismo término y partida del fondo de Godella ó de la Como; y por tal suerte reunió D. José Aznar, desde la carretera de Bétera en la parte baja ó á Levante hasta los montes blancos que son la parte alta ó Poniente, 73 hanegadas, tres cuartones, 28 brazas, con los linderos que se designaban, constituyendo todo ello un huerto, y en parte jardín:

2.º Que la Sociedad Valenciana de Tranvías adquirió la concesión del ferrocarril de Valencia á Bétera, y variando el trazado de ésta, quiso dirigirlo por la dicha finca, á cuyo efecto se anunció la necesidad de ocuparla; y habiéndose opuesto su representado, la reclamación fué denegada en la vía gubernativa:

3.º Que llegado el momento del justiprecio de lo que había de expropiarse á su parte, y de los daños que á la finca se causaban, discordaron los peritos, siendo irrisoria la tasación producida por

el de la Empresa, declarando el Gobernador nulo el justiprecio del perito de su poderdante, bajo el pretexto de que, como agrónomo, carecía de título para justipreciar con la condición de solares los terrenos según lo había hecho, ordenando aquella Autoridad que se presentase su principal á percibir la indemnización fijada por el perito de la Empresa, lo cual no hizo, sino que protestó, apelando en término de la resolución del Gobernador, depositando por su parte la Empresa el importe de la tasación de su perito, en vista de haberse rechazado el percibo:

4.° Que á mediados del mes anterior penetraron en la finca descrita D. Leopoldo Ramírez, Ayudante ó Delineante de la Sociedad Valenciana de Tranvías, y el contratista de la explanación, acompañados de varios trabajadores, los cuales, cortando árboles en gran número, trazaron el camino, en el que después habían seguido trabajando, é interrogado el dicho D. Leopoldo Ramírez, respondió que para aquellos actos le había concedido permiso el Alcalde de Burjasot:

5.° Que habiendo interpuesto su poderdante apelación contra el decreto del Gobernador, la Superioridad lo revocó, ordenando que el expediente de expropiación se instruyera con arreglo á la ley, de suerte que la finca de D. José Aznar había sido ocupada, no ya sólo sin pagarla ni depositar su valor, sino sin haber sido justipreciada siquiera:

Que por todo ello, y después de alegar los fundamentos legales que estimó pertinentes, suplicaba el dicho Procurador al Juzgado admitiese y tramitase el interdicto con arreglo á derecho, y se sirviese, en definitiva, acordar se repusiese al demandante en la posesión de la finca, dejando ésta la parte demandada en el ser y estado que tenía antes de ser ocupada, con expresa condenación de costas y abono de daños y perjuicios causados:

Que admitido el interdicto, recibida la información testifical ofrecida, convocadas las partes á juicio verbal sin estar éste concluso, y personada que fué la parte demandada, el Gobernador de la provincia, á quien la Sociedad Valenciana de Tranvías había acudido solicitando de su Autoridad requiriese de inhibición al Juzgado, lo hizo así, de acuerdo con lo informado por la Comisión provincial, fundándose en que dirigida la demanda de interdicto á contrariar el acuerdo de aquel Gobierno, por el que se autorizó la ocupación de la finca mediante el depósito de la can

tidad resultante del justiprecio del perito de la Sociedad concesionaria, dado que por nulidad de su nombramiento el demandante Aznar carecía de perito, y pudiendo dicho interesado interponer el oportuno recurso de alzada contra la referida providencia, era indudable que no cabían ingerencias de la Autoridad judicial en asunto que por la ley era de la exclusiva competencia de la Administración, por lo que aquel Gobierno pudo autorizar la ocupación del inmueble de que se trata, según previene el art. 48 del Reglamento de 13 de Junio de 1879, entendiéndose que, anulado el nombramiento de perito del propietario, por fundar la tasación en lo que no existía, el depósito se hizo con arreglo á la tasación del concesionario, de conformidad con lo propuesto por el Director de las obras, que al remitir las hojas evacuó el dictamen de que habla el art. 46 del repetido Reglamento, exponiendo la responsabilidad en que había incurrido el perito de Aznar al rasar la finca como urbana, cuando no era tal, ni el mencionado funcionario poseía título suficiente para ello; en que se pretendía con el interdicto recobrar la posesión ocupada, levantando para ello los carriles colocados, é interrumpiendo la explotación de la línea, que, como de servicio público, correspondía reglamentar al Ministerio de Fomento, sin tener en cuenta que, según el art. 36 de la ley de Ferrocarriles de 23 de Noviembre de 1877, no puede interrumpirse la explotación por causa alguna sin incurrir en la caducidad de la concesión; en que habiéndose arrancado árboles, no era posible volver la finca al ser y estado que tenía antes de la ocupación; en que declarada la necesidad de la ocupación, ésta tenía que llevarse á cabo, y si el interesado estimaba que no estaban suficientemente garantidos con la cantidad depositada los daños y perjuicios originados, medios suficientes tenía por la vía administrativa para reclamar; y en que de lo manifestado se deducía que la Administración era competente para entender en el negocio en cuestión en todos sus incidentes, sin que en manera alguna procediese la vía del interdicto; citaba además el Gobernador el art. 116 de la ley de Enjuiciamiento civil y los 2.° y 5.° del Real decreto de 8 de Septiembre de 1887:

Que sustanciado el incidente, el Juez sostuvo su jurisdicción, alegando: que aun cuando el Gobernador autorizase la ocupación de la finca de que se trata, invocando para ello el art. 48 del Re-

glamento de 13 de Junio de 1879, ello era que tal disposición legal presuponía el desacuerdo de los peritos, circunstancia que no podía estimarse que concurriera en el caso de que se trataba, desde el momento en que se declaró la nulidad de lo expuesto por el dueño del predio objeto del justiprecio, y se atendió solo y exclusivamente á lo informado por el de la Sociedad de Tranvías, y para que pudiera tomarse en cuenta tal desacuerdo, único caso en que procedería la aplicación del texto expuesto, debían concurrir los informes ó justiprecios de los dos peritos; que para que pueda tener lugar la expropiación, deben concurrir todos los requisitos señalados en la ley, y si no fuere así, pueden los perjudicados utilizar los interdictos de retener y recobrar, para que se les ampare ó reintegre en la posesión, doctrina legal que se halla robustecida y sancionada por el Real decreto de 24 de Febrero de 1890, el cual expresamente declara que mientras que no se cumplan todos los requisitos exigidos por la ley de 10 de Enero de 1879 y Reglamento dictado para la ejecución, é ínterin no se realice el pago, se entiende que quedan sin cumplir tales requisitos, bajo cuyo concepto puedan los interesados dejar á salvo su derecho, utilizando los interdictos de retener y recobrar; y que el hecho ó circunstancia de no haber interpuesto D. José Aznar recurso alguno contra la resolución del Gobernador, declarando la nulidad de su perito, y acordando la ocupación de la finca, no implicaba que de acuerdo con las disposiciones legales citadas no se entablara interdicto en demanda de reparación por el despojo realizado, que es el trámite que precisamente determina el art. 4.° de la ley de Enjuiciamiento citada, ante la infracción de dos de los requisitos de su art. 3.°, cuales son el justiprecio de la finca y su pago; citaba, además, el Juzgado los artículos 11 y 16 del Real decreto de 8 de Septiembre de 1887 y varios Reales decretos de competencia:

Que el Gobernador, de acuerdo con el informe de la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 3.° de la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879, que dice: «No podrá tener efecto la expropiación á que se refiere el art. 1.° sin que precedan los requisitos siguientes: primero, declaración de utilidad pública; segundo, declaración de que su ejecución exige, indispensablemente, el todo

ó parte del inmueble que se pretende expropiar; tercero, justiprecio de lo que se haya de enajenar ó ceder; cuarto, pago del precio que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajena ó cede»:

Visto el art. 4.° de la propia ley, según el que «todo el que sea privado de su propiedad, sin que se hayan llenado los requisitos expresados en el artículo anterior, podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces amparen y en su caso reintegren en la posesión al indebidamente expropiado»:

Considerando:

1.° Que en el caso que motiva la presente contienda es evidente, según de los antecedentes se desprende, que no se han llenado antes de la ocupación de la finca objeto de la expropiación, y por parte de la Empresa concesionaria del ferrocarril de Valencia á Bótera, los requisitos todos exigidos en el art. 3.° citado de la ley de 10 de Enero de 1879:

2.° Que en tal supuesto, es innegable la procedencia de la demanda de interdicto deducida por el representante del propietario de aquélla D. José Aznar, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 4.° de la expresada ley:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 3 de Marzo de 1892.)

Real decreto de 14 de Abril de 1894. — Providencia dictada por los Ayuntamientos fuera de su competencia: procedencia del interdicto, con arreglo á la ley de Expropiación forzosa, para amparar la posesión de finca inscrita en el Registro.

En el expediente y autos de competencia suscitada entre el Gobernador civil de la provincia de Cádiz y el Juez de primera instancia de Chiclana, de los cuales resulta:

Que el Procurador D. Francisco Toyos, en nombre de D. José González y D. Enrique de la Guerra, promovió, en escrito de 14 de Marzo de 1892, interdicto de retener y recobrar contra el Alcalde de Chiclana, en representación del Ayuntamiento de aquel

pueblo, alegando: que como constaba de la escritura pública de compra de la finca objeto del interdicto, adquirieron ésta sin gravamen de ninguna clase y libre de toda servidumbre en favor de particulares, Corporaciones y servicio público; que á pesar de ello, los demandantes no habían pretendido hasta la fecha ejercer acto alguno de dominio que perturbase el tráfico por el camino que conduce al molino propiedad de los mismos, y habían tolerado el embarque de mercancías en el caño que sirve para conducir las aguas al citado molino dentro de sus propios terrenos, procurando siempre que, de acuerdo el Municipio con ellos, se llegase á un estado de derecho que armonizase los intereses comunes con los privados y resultaran todos beneficiados; que cuando se estaba tratando de esto y los demandantes esperaban ser citados para encontrar una solución á todos favorable, se vieron sorprendidos con que el Ayuntamiento, obrando como persona jurídica, había invadido los derechos civiles de los actores y ejecutado obras más ó menos convenientes en la propiedad ajena, sin consentimiento de su dueño y causándoles perjuicios de importancia; que por muy sensible que esto fuese, no podía tolerarse, y sólo la Autoridad judicial era la competente para evitar invasiones de la Administración dentro de los derechos de propiedad de los ciudadanos, cuando aquélla obraba como persona jurídica; que no desconocían los demandantes las disposiciones del art. 89 de la ley Municipal, que ordena á los Juzgados y Tribunales no admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia; pero que para que no se admitieran los dichos interdictos contra tales providencias, éstas habían de afectar á los intereses comunales, según declaró el Real decreto de 16 de Junio de 1881, y, por tanto, el artículo citado no tenía aplicación cuando los acuerdos viniesen á invadir la propiedad particular, impidiendo el libre uso y disfrute de la misma; que las providencias gubernativas no pueden jamás ser ejecutivas cuando la Autoridad que las dicta obra como persona jurídica, cuando con ellas se establecen ó modifican los derechos particulares y cuando se acrecienta un derecho en perjuicio de otro derecho también invulnerable; que los demandahtes no sabían si las obras que habían venido á privarles de su propiedad estaban ó no acordadas por el Ayuntamiento, y desconocían también por quién y

cómo se había dispuesto que echaran tierra dentro de una propiedad particular, viniendo á perjudicar con ello una industria allí establecida; que mientras las obras que se ejecutaban dentro de la finca de los actores eran para el arreglo del camino que conduce al embarcadero mismo, nada habían dicho ni protestado, porque sin reconocer ni dejar de reconocer el derecho que á ello pudiera tener la Corporación municipal, no habían querido poner obstáculo que entorpeciera el tráfico mercantil del pueblo; pero desde el momento en que las dichas obras invadían su finca y la inutilizaban en parte, despojándoles de la posesión en que estaban, no podían permanecer impasibles y tenían que acudir á la única Autoridad competente, con el fin de que les amparase y restituyera en lo que era suyo; que los demandantes, que adquirieron la finca expresada, sita en término de Chiclana, por escritura pública otorgada en 26 de Febrero de 1891, estaban en posesión de ella hacía más de un año; que en el día 10 del mes antes citado, y sin conocimiento de los actores, varios hombres llevaron tierra á dicha finca y dentro de los límites designados á la misma, la cual, como repetidamente queda dicho, era de su propiedad particular, perturbando á los demandantes en la posesión en que estaban, y que al requerir á los dichos hombres para que cesaran en su trabajo, se negaron á obedecer, alegando que obraban así por orden y encargo del Alcalde:

Que sustanciado el interdicto y practicada la información testifical, el Juez convocó á las partes á juicio verbal, y antes de que éste se celebrara, el Alcalde de Chiclana acudió al Gobernador de la provincia para que esta Autoridad requiriese de inhibición á la judicial, como así en efecto lo hizo, de acuerdo con la Comisión provincial, fundándose: en que en la comunicación del Alcalde se daba cuenta de que estando practicándose por acuerdo del Ayuntamiento ciertas obras de reparación en el camino y muelle municipal de Bativar, el Juzgado de primera instancia de aquel partido, mediante demanda presentada por D. Enrique de la Guerra y D. José González, dueño de un molino situado en aquel punto, se hallaba sustanciando un interdicto con el fin de anular el expresado acuerdo tomado por el Ayuntamiento dentro del círculo de sus atribuciones; en que la ley Municipal vigente, en su art. 72, declara de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de

los pueblos, y por tanto, á dichas Corporaciones correspondía el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio, la conservación y arreglo de la vía pública, la apertura y alineación de calles y plazas y de toda clase de vías de comunicación, y la limpieza, higiene y salubridad de los pueblos; en que siendo el camino que conduce de Marcella de Bativar y el terreno donde está emplazado el muelle propiedad del Ayuntamiento, quien costeaba los gastos de su entretenimiento y reparación, era indudable que el acuerdo tomado por el Ayuntamiento disponiendo hacer obras en los citados terrenos, estaba dictado dentro del círculo de sus atribuciones y no podía ser contrariado por medio del interdicto, puesto que lo prohibía terminantemente el art. 89 de la ley Municipal:

Que sustanciado el conflicto, el Juez dictó autor declarándose incompetente, y apelado que fué, se revocó por la Sala respectiva de la Audiencia del territorio, declarando que el conocimiento del asunto correspondía á la jurisdicción ordinaria, fundándose: en que á virtud de lo preceptuado en el art. 440 del Código civil, todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión, en la cual, cuando haya sido despojado, deberá ser restituído por los medios que la ley de procedimiento establece; que el interdicto de recobrar era procedente siempre que existieran los derechos generadores del mismo, de hallarse en que los promoviese en posesión de una cosa y de haber sido despojado de ella, cuyos dos extremos aparecían comprobados en el caso de que se trataba, pues resultaba de la información que los actores en el interdicto venían en quieta y pacífica posesión del terreno; en que el 10 de Marzo de 1892 arrojaron tierras varios braceros que por orden del Alcalde de Chiclana trabajaban en las obras del muelle de Bativar y camino que á él conduce, cegando parte de una salina que los poseedores de aquel terreno construían; que el objeto á que tendía el interdicto propuesto era, según en la demanda se consignaba, obtener la restitución de la posesión de un terreno que los demandantes adquirieron por escritura pública en fecha 26 de Febrero de 1891, inscrita en el Registro de la propiedad, y si el acto mencionado de arrojar tierras en aquella finca emanó d acuerdo tomado por el Ayuntamiento, éste, excediéndose de la atribuciones que le están encomendadas, había lesionado un de-

recho privado, procediendo la incoación del interdicto de recobrar, del que sólo era competente para conocer la jurisdicción ordinaria:

Que el Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial, insistió en su requerimiento, resultando de lo expuesto el presente conflicto, que ha seguido sus trámites:

Visto el art. 72, núm. 3.° de la ley Municipal, que recomienda á la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la administración municipal, que comprende el aprovechamiento, cuidado y conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y establecimientos que de él dependan:

Visto el art. 89 de la propia ley, que prohibe á los Jueces y Tribunales admitir interdictos contra las providencias administrativas de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia:

Visto el art. 4.° de la ley de Expropiación forzosa, que dispone que todo el que sea privado de su propiedad sin que se hayan llenado los requisitos expresados en el artículo anterior, podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces amparen, y en su caso, reintegren en la posesión al indebidamente expropiado:

Considerando:

1.° Que el interdicto objeto del presente conflicto va encaminado á que se ampare á los demandantes en la posesión de una finca que los mismos habían comprado por escritura pública inscrita en el Registro de la propiedad, y cuyos linderos se describen en dicha escritura y en la demanda que promovió el interdicto:

2.° Que si bien es cierto que el acuerdo del Ayuntamiento de Chiclana, en cuanto se refiere á la reparación del camino y muelle municipal, fué tomado dentro del círculo de las atribuciones que á las expresadas Coporaciones concede la ley, no sucede lo mismo en lo referente al hecho de arrojar los escombros y tierras inútiles sobre una finca de propiedad particular, porque estos derechos están al amparo de la ley civil, y sólo por causa de utilidad pública, y previos los requisitos legales establecidos, puede la Administración utilizar los bienes inmuebles que forzosamente se enajenan ó ceden:

3.° Que no concurriendo tales formalidades, los Jueces están

en la obligación de amparar, y en su caso reintegrar, al que es perturbado en la posesión de sus bienes, sin que los Ayuntamientos tengan facultades para invadir ni perturbar la posesión y propiedad de los particulares:

Conformándome con lo consultado por el Consejo de Estado en pleno;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decidir esta competencia á favor de la Autoridad judicial. (*Gaceta* de 20 de Abril de 1894.)

5.° (Art. 460.)

Código de Comercio.—Libro II, tít. XII, Sección 2.ª

Art. 547. Serán documentos de crédito al portador, para los efectos de esta sección, según los casos:

1.° Los documentos de crédito contra el Estado, Provincias ó Municipios, emitidos legalmente.

2.° Los emitidos por Naciones extranjeras cuya cotización haya sido autorizada por el Gobierno á propuesta de la Junta sindical del Colegio de Agentes.

3.° Los documentos de crédito al portador, de Empresas extranjeras constituídas con arreglo á la ley del Estado á que pertenezcan.

4.° Los documentos de crédito al portador emitidos con arreglo á su ley constitutiva por Establecimientos, Compañías ó Empresas nacionales.

5.° Los emitidos por particulares, siempre que sean hipotecarios ó estén suficientemente garantidos.

Art. 548. El propietario desposeído, sea cual fuere el motivo, podrá acudir ante el Juez ó Tribunal competente para impedir que se pague á tercera persona el capital, los intereses ó dividendos vencidos ó por vencer, así como también para evitar que se transfiera á otro la propiedad del título ó conseguir que se le expida un duplicado.

Será Juez ó Tribunal competente el que ejerza jurisdicción en el distrito en que se halle el establecimiento ó persona deudo

Art. 549. En la denuncia que al Juez ó Tribunal haga el propietario desposeído, deberá indicar el nombre, la naturaleza, el valor nominal, el número si lo tuviere y la serie de los títulos; y además, si fuere posible, la época y el lugar en que vino á ser propietario, y el modo de su adquisición; la época y el lugar en que recibió los últimos intereses ó dividendos, y las circunstancias que acompañaron á la desposesión.

El desposeído, al hacer la denuncia, señalará dentro del distrito en que ejerza jurisdicción el Juez ó Tribunal competente, el domicilio en que habrán de hacérsele saber todas las notificaciones.

Art. 550. Si la denuncia se refiriese únicamente al pago del capital ó de los intereses ó dividendos vencidos ó por vencer, el Juez ó Tribunal, justificada que sea en cuanto á la legitimidad de la adquisición del título, deberá estimarla, ordenando en el acto:

1.° Que se publique la denuncia inmediatamente en la *Gaceta de Madrid*, en el *Boletín Oficial* de la provincia y en el *Diario Oficial de Avisos* de la localidad, si lo hubiere, señalando un término breve dentro del cual pueda comparecer el tenedor del título.

2.° Que se ponga en conocimiento del Centro directivo que haya emitido el título, ó de la Compañía ó del particular de quien proceda, para que retengan el pago de principal é intereses.

Art. 551. La solicitud se sustanciará con audiencia del Ministerio fiscal y en la forma que para los incidentes prescribe la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 552. Transcurrido un año desde la denuncia sin que nadie la contradiga, y si en el intervalo se hubieren repartido dividendos, el denunciante podrá pedir al Juez ó Tribunal autorización, no sólo para percibir los intereses ó dividendos vencidos ó por vencer, en la proporción y medidas de su exigibilidad, sino también el capital de los títulos, si hubiere llegado á ser exigible.

Art. 553. Acordada la autorización por el Juez ó Tribunal, el desposeído deberá, antes de percibir los intereses ó dividendos ó el capital, prestar caución bastante y extensiva al importe de las anualidades exigibles y además al doble valor de la última anualidad vencida.

Transcurridos dos años desde la autorización sin que el denunciante fuere contradicho, la caución quedará cancelada.

Si el denunciante no quisiere ó no pudiere prestar la caución, podrá exigir de la Compañía ó particular deudores, el depósito de los intereses ó dividendos vencidos ó del capital exigible, y recibir á los dos años, si no hubiere contradicción, los valores depositados.

Art. 554. Si el capital llegara á ser exigible después de la autorización, podrá pedirse bajo caución ó exigir el depósito.

Transcurridos cinco años sin oposición desde la autorización ó diez desde la época de la exigibilidad, el desposeído podrá recibir los valores depositados.

Art. 555. La solvencia de la caución se apreciará por los Jueces ó Tribunales.

El denunciante podrá prestar fianza y constituirla en títulos de rentas sobre el Estado, recobrándola al terminar el plazo señalado para la caución.

Art. 556. Si en la denuncia se tratare de cupones al portador separados del título, y la oposición no hubiere sido contradicha, el opositor podrá percibir el importe de los cupones transcurridos tres años, á contar desde la declaración judicial estimando la denuncia.

Art. 557. Los pagos hechos al desposeído en conformidad con las reglas antes establecidas, eximen de toda obligación al deudor; y el tercero que se considere perjudicado sólo conservará acción personal contra el opositor que procedió sin justa causa.

Art. 558. Si antes de la liberación del deudor, un tercer portador se presentare con los títulos denunciados, el primero deberá retenerlos y hacerlo saber al Juez ó Tribunal y al primer opositor, señalando á la vez el nombre, vecindad ó circunstancias por las cuales pueda venirse en conocimiento del tercer portador.

La presentación de un tercero suspenderá los efectos de la oposición hasta que decida el Juez ó Tribunal.

Art. 559. Si la denuncia tuviere por objeto impedir la negociación ó transmisión de títulos cotizables, el desposeído podrá dirigirse á la Junta sindical del Colegio de Agentes denunciando el robo, hurto ó extravío, y acompañando nota expresiva de las series y números de los títulos extraviados, época de su adquisición y título por el cual se adquirieron.

La Junta sindical, en el mismo día de Bolsa ó en el inmediato

fijará aviso en el tablón de edictos; anunciará al abrirse la Bolsa la denuncia hecha y avisará á las demás Juntas de síndicos de la Nación participándoles dicha denuncia.

Igual anuncio se hará á costa del denunciante en la *Gaceta de Madrid*, en el *Boletín Oficial* de la provincia y en el *Diario Oficial de Avisos* de la localidad respectiva.

Art. 560. La negociación de los valores robados, hurtados ó extraviados, hecha después de los anuncios á que se refiere el artículo anterior, será nula y el adquirente no gozará del derecho de la no reivindicación; pero sí quedará á salvo el del tercer poseedor contra el vendedor y contra el Agente que intervino en la operación.

Art. 561. En el término de nueve días, el que hubiere denunciado el robo, hurto ó extravío de los títulos, deberá detener el auto correspondiente del Juez ó Tribunal ratificando la prohibición de negociar ó enajenar los expresados títulos.

Si este auto no se notificare ó pusiere en conocimiento de la Junta sindical en el plazo de los nueve días, anulará la Junta el anuncio y será válida la enajenación de los títulos que se hiciere posteriormente.

Art. 562. Transcurridos cinco años, á contar desde las publicaciones hechas en virtud de lo dispuesto en los artículos 550 y 559, y de la ratificación del Juez ó Tribunal á que se refiere el 561, sin haber hecho oposición á la denuncia, el Juez ó Tribunal declarará la nulidad del título sustraído ó extraviado, y lo comunicará al Centro directivo oficial, Compañía ó particular de que proceda, ordenando la emisión de un duplicado á favor de la persona que resultare ser su legítimo dueño.

Si dentro de los cinco años se presentare un tercer opositor, el término quedará en suspenso hasta que los Jueces ó Tribunales resuelvan.

Art. 563. El duplicado llevará el mismo número que el título primitivo; expresará que se expidió por duplicado; producirá los mismos efectos que aquél y será negociable con iguales condiciones.

La expedición del duplicado anulará el título primitivo, y se hará constar así en los asientos ó registros relativos á éste.

Art. 564. Si la denuncia del desposeído tuviere por objeto, no sólo el pago del capital, dividendos ó cupones, sino también im-

pedir la negociación ó transmisión en Bolsa de los efectos cotizables, se observarán, según los casos, las reglas establecidas para cada uno de los artículos anteriores.

Art. 565. No obstante lo dispuesto en esta sección, si el desposeído hubiese adquirido los títulos en Bolsa, y á la denuncia acompañara el certificado del Agente en el cual se fijasen y determinasen los títulos ó efectos de manera que apareciese su identidad, antes de acudir al Juez ó Tribunal podrá hacerlo al establecimiento ó persona deudora, y aun á la Junta sindical del Colegio de Agentes, oponiéndose y solicitando las publicaciones oportunas. En tal caso, el establecimiento ó casa deudora y la Junta sindical estarán obligados á proceder como si el Juzgado ó Tribunal les hubiere hecho la notificación de estar admitida y estimada la denuncia.

Si el Juez ó Tribunal, dentro del término de un mes, no ordenara la retención ó publicación, quedará sin efecto la denuncia hecha por el desposeído, y el establecimiento ó persona deudora y Junta sindical estarán libres de toda responsabilidad.

Art. 566. Las disposiciones que preceden no serán aplicables á los billetes del Banco de España ni á los de la misma clase emitidos por establecimientos sujetos á igual régimen, ni á los títulos al portador emitidos por el Estado que se rijan por Leyes, Decretos ó Reglamentos especiales.

Reglamento interino para la organización y régimen de las Bolsas de Comercio de 31 de Diciembre de 1885 (Gaceta *de 1.° de Enero de 1886).*

Art. 56. Para prevenir los agentes los efectos de su responsabilidad civil por los títulos ó valores que negociasen, después de publicada en Bolsa por la Junta sindical la denuncia de su procedencia ilegítima, según el art. 104 del Código, deberán consultar las denuncias originales que ante dicha Corporación hayan sido presentadas.

A este efecto, además de la debida ordenación por carpetas de estas denuncias, y con el fin de facilitar su cotejo, tendrá la Junta sindical un libro indicador, en el que por clases de valores se determine la numeración y series de los títulos denunciados, nombre y domicilio de los denunciantes, fecha de la publicación

de la denuncia y de la anulación del anuncio ó de su confirmación por el Tribunal que conozca del asunto.

Este libro sólo servirá de auxiliar para compulsar las denuncias originales, de las que tomarán los agentes las notas que crean convenientes para su seguridad.

Art. 57. Las denuncias por robo, hurto ó extravío de valores cotizables que se dirijan á la Junta sindical del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa, en los términos prevenidos en los artículos 559 y 565 del Código, se extenderán y firmarán por duplicado por los mismos denunciantes en los modelos que dicha Corporación adopte para la debida uniformidad.

Art. 58. Los telegramas que sobre denuncias por robo, hurto ó extravío de valores cotizables dirijan las Autoridades á la Junta sindical se publicarán también en la Bolsa en los términos en que estén concebidos, á los mismos efectos de los artículos 560 y 561 del Código.

Art. 59. El aviso de la denuncia por la Junta sindical á las de igual clase de la Nación que prescribe el art. 559 del Código, se dará telegráficamente, si fuere posible, y en todo caso por el correo más próximo.

Reglamento interior provisional de la Bolsa de Comercio de Madrid de 18 de Junio de 1886. (Gaceta *de 26 y 27 de Junio.)*

Art. 64. La Junta sindical del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid admitirá las denuncias que se le presenten por robo, hurto ó extravío de valores cotizables al portador, enumerados en el art. 457 del Código, conforme á lo prevenido en el 559 y 565; y en el mismo día ó en el inmediato fijará anuncios en el tablón de edictos, lo anunciará al abrirse la Bolsa y participará las denuncias por el correo más próximo ó por telegramas, si fuese posible, á las Juntas sindicales de las demás Bolsas.

Art. 65. Las denuncias de los valores á que se refiere el artículo 547 del Código para impedir su negociación en Bolsa, se extenderán y firmarán por duplicado por los mismos denunciantes en los modelos adoptados por la Junta sindical que se acompañan á este Reglamento.

Uno de los ejemplares se fijará por la Junta en el tablón de

denuncias, y otro se unirá al expediente respectivo para la resolución que proceda, con arreglo al art. 561 del Código.

Art. 66. La Junta sindical cuidará de la publicación en la *Gaceta de Madrid*, *Boletín Oficial* de la provincia y *Diario de Avisos* de las denuncias que se presenten para impedir la negociación de los valores.

Los gastos de esta publicación serán de cuenta de los denunciantes, quienes consignarán al efecto en la Secretaría de la Junta la cantidad necesaria.

A solicitud y á costa de los que presenten estas denuncias comunicará también la Junta telegráficamente á las de igual clase de la Nación noticia de las clases de valores, series y numeración de los valores denunciados.

Art. 67. Las comunicaciones y telegramas de las Autoridades que reciba la Junta sindical, para impedir la negociación de valores cotizables, los anunciará esta Corporación en la Bolsa en los términos prevenidos en el párrafo segundo del art. 559 del Código de Comercio.

Conforme á los artículos 561 del Código y 58 del Reglamento interino de Bolsas, las denuncias comunicadas á la Junta por las Autoridades deberán ser confirmadas por auto judicial en el plazo de nueve días.

Art. 68. La Junta sindical publicará también en la Bolsa, y á costa de los interesados en la *Gaceta de Madrid*, los autos judiciales, impidiendo la negociación de valores, ó confirmando las denuncias que se le hubieren presentado, los que quedarán subsistentes hasta que se le comunique el auto dictado en el expediente de su procedencia, levantando aquella prohibición.

Art. 69. En consonancia con lo dispuesto en los artículos 561 y 565 del Código de Comercio, la Junta sindical cuidará de publicar la anulación de las denuncias en la Bolsa por medio del anunciador y por edicto; y asimismo los autos judiciales que reciba levantando la prohibición de negociar los valores denunciados.

Art. 70. Para prevenir los efectos de ser nula la enajenación de los valores cotizables después de la publicación de su denuncia y de ser válida después de anulado el anuncio, como previenen los artículos 560, 561 y 565 del Código, destinará la Junta sindical un tablón de edictos para los avisos de denuncias, autos

judiciales impidiendo la negociación de valores, confirmando ó levantando esta prohibición, las comunicaciones ó telegramas de las autoridades y los acuerdos de la propia Junta anulando los avisos de las denuncias presentadas.

Art. 71. Además de la publicidad que con arreglo á los artículos anteriores ha de dar la Junta sindical á cuanto se refiere á la retención ó libre circulación de los valores cotizables, lo anunciará también en el *Boletín de Cotización*.

Art. 72. En armonía con lo dispuesto en los artículos 104, 547 y 560 del Código y el 56 del Reglamento de Bolsas de Comercio, así como también con lo prevenido en la Real orden de 14 de Diciembre de 1885, expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia, la Junta sindical del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid, cuidará de reunir los antecedentes que existan sobre retención de valores cotizables, reclamando de los centros de emisión de toda clase de efectos públicos y valores comerciales y de los que entiendan en el pago de intereses y amortizaciones, las noticias que en este particular interesen á la contratación, y acudiendo al Ministerio de Fomento para remover las dificultades que se presenten.

Art. 73. El libro indicador de las denuncias de que trata el artículo 56 del Reglamento de Bolsas de Comercio comprenderá separadamente cada clase de Deuda, y por orden correlativo de fechas se anotarán las retenciones que existan y que en lo sucesivo se presenten, determinando el número de orden de la denuncia, la numeración y serie de los títulos reclamados, nombres y domicilio de los denunciantes ó autoridades que hacen la denuncia, fecha de la publicación ó anulación de la misma por la Junta sindical, Tribunal que confirma ó levanta la retención, y fecha del recibo del auto en que lo acuerde.

Este libro dará principio á la publicación de este Reglamento con las denuncias de que tenga conocimiento la Junta sindical, la cual remitirá al Ministerio de Fomento copia autorizada de los asientos que comprenda para su inserción en la *Gaceta de Madrid*.

Del mismo modo la Junta sindical remitirá al Ministerio de omento copia autorizada en 30 de Junio y 31 de Diciembre de as denuncias que hubiere recibido en cada semestre, y cuyos ítulos continúen retenidos.

Ley de 30 de Marzo de 1861.

Artículo 1.° No están sujetos á reivindicación los efectos al portador expedidos por el Estado ó por las Corporaciones administrativas ó por las Compañías autorizadas para ello, siempre que hayan sido negociados en Bolsa con las formalidades legales.

Únicamente se exceptúa el caso de mala fe probada en el comprador.

Quedan á salvo las demás acciones civiles y criminales que procedan contra la persona ó personas responsables de los actos por los cuales haya sido el propietario desposeído de los expresados valores.

Art. 2.° El auxilio que las dependencias del Estado, las Corporaciones administrativas ó las Compañías autorizadas para emitir efectos al portador están obligadas á prestar á la Autoridad en las investigaciones de que puedan ser objeto los mismos efectos, se entenderá siempre sin obstáculo alguno por su parte á la libre circulación, y sin perjuicio del exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas á favor del portador.

Art. 3.° No podrán ser reivindicados los billetes de Banco sin que se pruebe la mala fe del poseedor.

Las disposiciones del art. 2.° de esta ley son aplicables á los Bancos autorizados para la emisión de billetes.

Orden de 26 de Mayo de 1873.– Dejando sin efecto las que se expresan relativas á la retención de títulos al portador en el caso que se dice, debiendo estarse á la ley de 1861.

Ilmo. Sr.: Se ha enterado el Gobierno de la República de la comunicación que esa Junta dirigió á este Ministerio con fecha 9 de Marzo de 1869, en la cual, con motivo de un auto de sobreseimiento del Juez de primera instancia del Centro de esta capital, recaído en causa seguida en averiguación del robo hecho á Don Antonio Rodríguez Fuentes de 16 obligaciones de ferrocarril que se mandaban retener y devolver á este interesado, consulta si era aplicable al caso presente la Real orden de 2 de Ab de 1867, sobre reivindicación de títulos al portador.

En su consecuencia:

Vista la ley de 30 de Marzo de 1861:

Vista la Real orden de 18 de Septiembre de 1865, y la de 2 de Abril de 1867 ya referida:

Visto el informe de la Comisión especial nombrada para proponer al Gobierno las medidas conducentes á la verdadera inteligencia y ejecución de la ley de 30 de Marzo de 1861 sobre reivindicación de los efectos al portador:

Visto el dictamen del Consejo de Estado en pleno:

Considerando que las disposiciones de la legislación común no son aplicables á las cuestiones de la Deuda y crédito público, que por su inmensa transcendencia é importancia se rigen por leyes especiales:

Considerando que aun en el caso de aplicarse á los títulos al portador las prescripciones del Código de Comercio, sólo podrían asimilarse á los pagarés á favor del portador, los cuales, con arreglo á lo prevenido en el título X, art. 571, de aquel Código, no producen obligación civil ni acción en juicio:

Considerando que los documentos de la Deuda inscritos en el gran libro con el carácter de al portador llevan en sí mismos el título de propiedad, que las dependencias que los emiten no pueden dejar de reconocer en las personas que los presentan:

Considerando que esta circunstancia en nada afecta á la recta administración de justicia ni al derecho que con arreglo á las leyes tengan los Tribunales para ocupar los efectos al portador cuando los hallaren en poder de los que aparezcan detentadores de ellos, ó para condenarles al reintegro de su importe, como sucede con la moneda:

Considerando que, en cuanto á los títulos al portador de la renta perpetua, sus poseedores tienen la facultad de convertirlos en inscripciones nominativas, con arreglo al art. 12 de la ley de 1.º de Agosto de 1851, y por lo tanto, pueden por este medio asegurar su propiedad, precaviendo las consecuencias de su pérdida ó extravío:

Considerando que en los valores al portador están compensados los riesgos que ofrece su segura conservación con las ventajas que obtienen sus tenedores de poder utilizarse de ellos, donándolos, enajenándolos ó hipotecándolos siempre y en el acto que así convenga á sus intereses, y además pueden depositarlos en los Bancos públicos:

Considerando que aun en el caso de un robo ó sustracción de estos valores tienen los interesados expedito su derecho para acudir á los Tribunales contra las personas de quienes sospechen ó tengan la evidencia de haber sido los autores ó cómplices de la sustracción, sin que por ningún concepto pueda impedirse la libre circulación de los valores al portador, porque esto afectaría al crédito del Gobierno ó de las Empresas autorizadas para emitirlos:

Considerando que esto es precisamente lo que la ley de reivindicación ha querido precaver, como terminantemente lo declara su art. 2.°, y que, sujetándose en esta parte á su letra y espíritu, queda á salvo el crédito público y garantidos los intereses de los particulares que aceptan desde luego los valores del Estado bajo la forma de título al portador:

El Gobierno de la República, con el fin de evitar de una vez las cuestiones que de la interpretación de aquella ley han surgido entre la Administración del Estado y el Poder judicial, ha tenido á bien resolver:

1.° Que quede sin efecto la Real orden de 18 de Septiembre de 1865, modificada por la de 2 de Abril de 1867, que dispusieron la retención de los títulos al portador en el caso que la última indica.

2.° Que en lo sucesivo se atenga esa Junta á lo que literal y expresamente determina el art. 2.° de la ley de 30 de Marzo de 1861, que declara que el auxilio que las dependencias del Estado, las Corporaciones administrativas ó las Compañías autorizadas para emitir efectos al portador, están obligadas á prestar á la Autoridad en las investigaciones de que puedan ser objeto aquellos efectos, se entienda siempre sin obstáculo alguno por su parte á la libre circulación y sin perjuicio de las obligaciones contraídas á favor del portador.

Y 3.° Que en los casos en que se presenten en las oficinas para su reconocimiento ó con cualquier otro objeto, títulos al portador que estén reclamados ó mandados retener por algún Juzgado, exijan éstas la identificación de la persona que lo verifique, haciéndola exhibir su cédula de empadronamiento y tomando nota de su nombre y señas de su habitación, para ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juzgado respectivo para los efectos que procedan.

Ley de 29 de Agosto de 1873.—Reformando el párrafo primero del art. 1.° de la ley de 30 de Marzo de 1861, sobre reivindicación de efectos al portador.

Las Cortes Constituyentes, en uso de su Soberanía, decretan y sancionan la siguiente ley reformando el párrafo primero del artículo 1.° de la de 30 de Marzo de 1861 sobre reivindicaciones de efectos al portador:

Artículo 1.° No estarán sujetos á reivindicación los efectos al portador expedidos por el Estado, por las Corporaciones administrativas ó por las Compañías autorizadas para ello, siempre que, con las formalidades legales, hayan sido negociados en Bolsa, donde la hubiere, y donde no, interviniendo en la operación un Notario público ó un corredor de cambios.

Real orden de 19 de Febrero de 1889.

Excmo. Sr.: Vista la solicitud elevada á este Ministerio por el Círculo de la Unión Mercantil de Madrid, para que se dicte una Real orden de carácter general que disponga que por ahora, y sin perjuicio de que con arreglo al art. 566 del Código de Comercio, se pueda dictar más adelante, si se estima conveniente, una ley, decreto ó reglamento especial que haga inaplicables á los títulos de la Deuda las disposiciones del tít. XII, libro 2.° del expresado Código, las oficinas se atengan estrictamente á cuanto dicho título preceptúa, menos en lo que se refiere al carácter ejecutivo de los títulos y cupones al portador, en cuya parte habrán de atenerse á lo que dispone el art. 16 de la ley de Contabilidad de la Hacienda pública:

Considerando que la forma en que dicho artículo está redactado no ofrece duda, como supone la Junta del Círculo de la Unión Mercantil reclamante, de que en el tít. XII del Código de Comercio no se comprendieran los valores del Estado al portador, puesto que los exceptúa expresamente, probándose este aserto con el contenido literal del art. 563, que previene que los duplicados que se expidan lleven igual numeración que los títulos primitivos, cuando es notorio que la impresión y tirada de los que el Estado emite se hace de una sola vez, estampando al

propio tiempo la numeración, lo cual imposibilitaría en su caso el cumplimiento de aquel precepto:

Considerando que los títulos de la Deuda pública al portador son emitidos en virtud de leyes especiales, y por instrucciones ó reglamentos especiales se rigen y administran, como expresa el mencionado art. 566, que los exceptúa:

Considerando que de comprenderse los títulos al portador en las disposiciones del tít. XII del Código de Comercio quedarían anuladas las leyes de contabilidad, las de procedimiento económico-administrativas y otras Instrucciones, decretos y Reales órdenes, que desde muy antiguo prohiben expedir apremios, ejecución ni medida alguna coercitiva contra el Estado, que regula sus atenciones por aquéllas:

Considerando la gran perturbación que de no observarse puntualmente todas esas disposiciones se originaría al Tesoro público, afectaría indudablemente al crédito nacional, introduciendo entorpecimientos y causando tal confusión en la marcha administrativa, que difícilmente podría ser reparada:

Considerando que en la exposición de motivos que precede al Código mencionado no se alude á los títulos del Estado al portador, sino á los de Sociedades y Bancos autorizados, con las excepciones que indica, diciendo terminantemente que tampoco son aplicables sus disposiciones á los títulos al portador emitidos por el Estado, los cuales se rigen por leyes, decretos y reglamentos especiales:

Considerando que dichos títulos, inscritos en el Gran Libro de la Deuda, según estaba declarado por la Real orden de 26 de Mayo de 1873, llevan en sí mismo el título de propiedad que no pueden dejar de reconocer en las personas que los presenten, las dependencias que los emitan, y además sus poseedores tienen derecho á usar de las facultades que les confiere el art. 12 de la ley de 1.° de Agosto de 1851, convirtiéndolas en las inscripciones nominativas, para precaver las consecuencias de pérdida ó extravío:

Considerando que sobre el particular se halla sentada una jurisprudencia clara y terminante, anterior y posterior á la publicación del vigente Código de Comercio, pudiendo señalarse entre otras, las Reales órdenes de 4 y 24 de Junio de 1846, 15 de Abril de 1849, la citada de 26 de Mayo de 1873 y la de 20 de F-

brero de 1874, dictadas con anterioridad, y las de 29 de Julio de 1876, 6 de Agosto de 1877, 16 de Mayo, 26 de Julio, 7 de Agosto, 5 de Septiembre y 6 de Noviembre de 1883, que lo han sido después de aquel Código:

Y considerando, por lo tanto, que aun suponiendo que existiera duda acerca de la aplicación de los preceptos del Código, ya no tendría razón de ser, después de lo claras y terminantes que son las Reales órdenes dictadas desde el año 1886 hasta el día, que establecen la interpretación que ha de darse á dichos preceptos y cuál es su verdadero alcance;

S. M. la Reina Regente del Reino, en nombre de su Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII (Q. D. G.), conformándose con lo propuesto por la Subsecretaría de este Ministerio y lo informado por las Direcciones generales de la Deuda pública y de lo Contencioso del Estado, se ha servido desestimar la reclamación deducida por el Círculo de la Unión Mercantil, de que en los casos de robo, hurto ó extravío de títulos al portador emitidos por el Estado se apliquen los preceptos contenidos en el tít. XII, Sección segunda del Código de Comercio vigente.

Real orden de 26 de Julio de 1889. (Gaceta *de 8 de Septiembre.*)

En dicha Real orden se establece:

1.° Que en los casos de hurto, robo ó extravío de títulos de la Deuda pública se paguen los intereses de los mismos, mediante la oportuna fianza, al que acredite ser dueño legítimo de ellos, siempre que transcurran dos semestres desde la fecha del robo ó extravío sin que sea reclamado por otro su pago.

2.° Que pasados seis años, á contar desde la misma fecha, sin que se presenten al cobro los cupones de los títulos que se hallen en el caso indicado, se declare la caducidad y nulidad de los mismos, previos los correspondientes anuncios en la *Gaceta*, y se expidan al legítimo dueño desposeído nuevos títulos duplicados iguales á los robados ó sustraídos; y

3.° Que para anular esta declaración de caducidad no quepa otro recurso que la vía ordinaria ante los Tribunales de justicia contra el portador de los títulos duplicados, por término de un año, á partir de la fecha de su expedición.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS

DEL CÓDIGO CIVIL

QUE CONTIENE ESTE TOMO

TÍTULO V

DE LA POSESIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

De la posesión y sus especies.

Art. 430. Posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.

Art. 431. La posesión se ejerce en las cosas ó en los derechos por la misma persona que los tiene y los difruta, ó por otra en su nombre.

Art. 432. La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: ó en el de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona.

Art. 433. Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Art. 434. La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.

Art. 435. La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

Art. 436. Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

Art. 437. Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.

CAPÍTULO II

De la adquisición de la posesión.

Art. 438. La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad, ó por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho.

Art. 439. Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va á disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

Art. 440. La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue á adirse la herencia.

El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

Art. 441. En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga á ello. El que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.

Art. 442. El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban;

pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.

Art. 443. Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.

Art. 444. Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, ó con violencia, no afectan á la posesión.

Art. 445. La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión ó propiedad por los trámites correspondientes.

CAPÍTULO III

De los efectos de la posesión.

Art. 446. Todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen.

Art. 447. Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.

Art. 448. El poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar á exhibirlo.

Art. 449. La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste ó se acredite que deben ser excluídos.

Art. 450. Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la

indivisión. La interrupción en la posesión del todo ó parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual á todos.

Art. 451. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

Se entienden percibidos los frutos naturales é industriales desde que se alzan ó separan.

Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción.

Art. 452. Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales ó industriales, tendrá el poseedor derecho á los gastos que hubiese hecho para su producción, y además á la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión.

Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho á ser indemnizado de otro modo.

Art. 453. Los gastos necesarios se abonan á todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, ó por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Art. 454. Los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufriere deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

Art. 455. El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y se tendrá derecho á ser reintegrado de los gastos necesarios hech para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero pod

éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

Art. 456. Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión.

Art. 457. El poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa á su poseedor legítimo.

Art. 458. El que obtenga la posesión no está obligado á abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa.

Art. 459. El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.

Art. 460. El poseedor puede perder su posesión:

1.° Por abandono de la cosa.

2.° Por cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuíto.

3.° Por destrucción ó pérdida total de la cosa ó por quedar ésta fuera del comercio.

4.° Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.

Art. 461. La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero.

Art. 462. La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Art. 463. Los actos relativos á la posesión, ejecutados ó consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla ó retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, á no ser que éste hubiese otorgado á aquél facultades expresas para ejecutarlos ó los ratificare con posterioridad.

Art. 464. La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble ó hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida ó sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto á las adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, ó de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará á lo que dispone el Código de Comercio.

Art. 465. Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados ó amansados se asimilan á los mansos ó domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor.

Art. 466. El que recupera, conforme á derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (tít. V del lib. II del Código) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros..... 5

LIBRO SEGUNDO

Título V.—De la posesión..... 43

CAPÍTULO PRIMERO

De la posesión y sus especies... 98

Art. 430, pág. 103 Art. 433, pág. 175 Art. 436, pág. 191
» 431, » 150 » 434, » 175 » 437, » 213
» 432, » 150 » 435, » 191

CAPÍTULO II

De la adquisición de la posesión..... 229

Art. 438, pág. 235 Art. 441, pág. 293 Art. 444, pág. 332
» 439, » 236 » 442, » 308 » 445, » 343
» 440, » 287 » 443, » 316

Págs.

CAPÍTULO III

De los efectos de la posesión..... 354

Art. 446, pág. 357 Art. 453, pág. 404 Art. 460, pág. 525
» 447, » 384 » 454, » 406 » 461, » 543
» 448, » 385 » 455, » 481 » 462, » 548
» 449, » 389 » 456, » 496 » 463, » 558
» 450, » 394 » 457, » 498 » 464, » 561
» 451, » 397 » 458, » 519 » 465, » 607
» 452, » 398 » 459, » 521 » 466, » 639

APÉNDICES

1.° (Art. 480.)

Inscripción posesoria de bienes del Estado. Ley de Presupuestos de 5 de Agosto de 1893..... 645
Real decreto de 26 de Agosto de 1893 sobre terrenos desamortizados roturados..... 646
Informaciones posesorias.—Ley Hipotecaria..... 652
Jurisprudencia civil é hipotecaria referente á informaciones posesorias..... 662

2.° (Art. 489.)

Interdicto de adquirir.—Ley de Enjuiciamiento civil.... 748
Jurisprudencia civil é hipotecaria referente al interdicto de adquirir..... 751
Posesión judicial.—Ley de Enjuiciamiento civil..... 773

3.° y 4.° (Art. 446.)

Interdicto de recobrar.—Ley de Enjuiciamiento civil..... 774
Jurisprudencia civil referente al interdicto de recobrar... 776
Legislación y jurisprudencia administrativa..... 799

Págs.

5.° (Art. 460.)

Documentos de crédito. Código de Comercio..... 914
Reglamento interino para la organización y régimen de las Bolsas de Comercio de 31 de Diciembre de 1885..... 918

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo..... 929

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Abandono de la cosa.....	460	»	525
Abono de los gastos necesarios.	453	»	404
Abono de los gastos útiles.....	453	»	404
Abono de los gastos de lujo....	454	»	406
Abono de mejoras.....	458	»	519
Acciones.—Código de Portugal.	»	»	31
Actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir la posesión.....	438	»	277
Actos tolerados.....	444	»	332
Actos ejecutados clandestinamente.	444	»	332
Actos ejecutados con violencia..	444	»	332
Actos que determinan el interdicto.....	446	»	377
Actos posesorios consentidos por el tenedor de la cosa.....	463	»	558
Adición de herencia.....	440	»	287
Adquisición de la posesión. — Proyecto de Código civil alemán.....	»	»	12
Adquisición de la posesión. — Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	16
Adquisición de la posesión.— Código de Italia.....	»	»	18

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Adquisición de la posesión. — Código de Portugal.....	»	»	26
Adquisición de la posesión. — Código de Guatemala.....	»	»	33
Adquisición de la posesión. — Código de Méjico.....	»	»	38
Adquisición de la posesión.....	»	»	229
Adquisición de la posesión por la misma persona que va á disfrutarla.....	439	»	281
Adquisición de la posesión por un tercero.....	439	»	281
Adquisición posesoria mediante la representación necesaria de un tercero.....	439	»	283
Adquisición posesoria mediante la representación voluntaria de un tercero.....	439	»	285
Adquisición de la posesión por los menores é incapacitados..	443	»	316
Adquisición de cosas muebles sustraídas ó extraviadas.....	464	»	588
Animales bravíos y amansados.	438	»	266
Animus en la *possessio civilis*....	430	»	130
Antigüedad en la posesión.....	445	»	343
Apéndices....	»	»	645
Autoridad competente.....	441	»	299
B			
Bienes de aprovechamiento comunal.....	438	»	268
Bienes hereditarios. — Posesión de los mismos.....	440	»	287
Bienes del Estado.....	430	1.°	645
Biología de la posesión.....	»	»	641
Bolsa de Comercio.....	464	»	596
Buena y mala fe.—Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	16
Buena fe.....	433	»	175
Buena fe del poseedor.....	454	»	449

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
C			
Carácter de la posesión adquirida de buena fe	435	»	191
Caracteres del *jus retentionis*	454	»	452
Cargas	452	»	399
Casos en que se extingue la posesión. Proyecto de Código civil alemán	»	»	14
Casos en que no se extingue la posesión. Proyecto de Código civil alemán	»	»	15
Casos en que no se pierde la posesión. Código de Guatemala	»	»	36
Casos en que se pierde la posesión. Código de Guatemala	»	»	36
Cesión hecha por título oneroso ó gratuíto	460	»	537
Clases de posesión. Proyecto de Código de 1851	»	»	6
Clases de posesión. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	16
Clases de posesión. Código de Italia	»	»	18
Clases de posesión. Código de Portugal	»	»	26
Clases de posesión. Código de Guatemala	»	»	33
Clases de posesión. Código de Méjico	»	»	37
Códigos extranjeros. Preceptos relativos á la adquisición de la posesión	439	»	241
Comerciante	463	»	599
Concepto de la voz tenencia	430	»	118
Concesión del propietario al poseedor de buena fe	452	»	399
Conclusión del cultivo	452	»	399
Consejo de familia	432	»	165
Consideraciones críticas acerca de la base oncena	430	»	104

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Contenido de la relación entre el sujeto y el objeto de la posesión natural	430	»	127
Cosa raíz. Su posesión	449	»	389
Cosa común	450	»	394
Cosa mueble. Su posesión	461	»	543
Cosas y derechos	437	»	213
Cosas inmuebles. Su posesión	462	»	548
Cosas empeñadas en los Montes de Piedad	464	»	592
Crédito representativo de los gastos hechos en contemplación á la subsistencia ó mejora de la cosa	454	»	450
Crítica de la teoría de Savigny por Ihering	439	»	247
Crítica del *jus retentionis*	454	»	477
Cuestión legal	455	»	486
D			
Deberes del poseedor	454	»	475
Declaración judicial de un estado posesorio, bien como manifestación de una relación de propiedad ó de una nueva relación posesoria	454	»	445
Definición de la posesión	430	»	107
Demostración de los vicios que afectan á la posesión	442	»	308
Depósito de la cosa mientras se decida sobre su posesión	445	»	344
Derechos del poseedor de buena fe. — Proyecto de Código de 1851	»	»	6
Derechos del tenedor.—Proyecto de Código civil alemán	»	»	14
Derechos comunes de los poseedores.—Código de Portugal	»	»	28
Derechos del poseedor.—Código de Portugal	»	»	30

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Derechos contra el tenedor de la cosa....	441	»	299
Derechos reales.—Su posesión..	462	»	548
Derechos del poseedor.....	446	»	357 y 642
Derecho del poseedor de buena fe respecto á los frutos.....	451	»	397
Derecho de retención.....	454	»	434
Desenvolvimiento del art. 443 y sus relaciones con otros preceptos del Código civil.....	443	»	324
Destrucción total de la cosa....	460	»	539
Deterioro de la cosa poseída....	457	»	498
Disfrute de la posesión en el mismo concepto en que se adquirió.....	436	»	191
Disfrute de posesión en concepto de dueño.....	447	»	384
Doble venta de un bien mueble.	438	»	259
Documentos de crédito.....	464	»	603
Doctrina de Savigny.....	430	»	111
Doctrina de la ley de Enjuiciamiento civil respecto al tiempo en los interdictos.....	446	»	379
Dolo.....	457	»	498
Dueño de la cosa.....	432	»	150
E			
Edificio ruinoso. Código de Italia.	»	»	24
Efectos de la posesión. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	6
Efectos de la posesión. Proyecto de Código civil alemán.....	»	»	13
Efectos generales de la posesión. Código de Italia.....	»	»	20
Efectos de la posesión de buena fe. Código de Italia.....	»	»	21
Efectos de la posesión de mala fe. Código de Italia.....	»	»	21
Efectos de la posesión. Código de Portugal.....	»	»	30

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Efectos generales de la posesión. Código de Guatemala.....	»	»	35
Efectos de la posesión de buena fe. Código de Guatemala.....	»	»	35
Efectos de la posesión de mala fe. Código de Guatemala.....	»	»	35
Efectos generales de la posesión. Código de Méjico.....	»	»	38
Efectos de la posesión de mala fe. Código de Méjico	»	»	39
Efectos de la posesión de buena fe. Código de Méjico.....	»	»	39
Efectos de la posesión.....	»	»	354
Efectos del derecho de retención.....	454	»	467
Efectos negociables en Bolsa...	464	»	600
Efectos al portador.....	464	»	603
Ejecución de sentencias en que se condene á entregar una cosa determinada.....	438	»	280
Ejercicio de la posesión en las cosas ó derechos por la misma persona que los tiene ó disfruta.....	431	»	155
Ejercicio de la posesión por una persona en nombre de otra...	432	»	158
Ejercicio de la posesión por el padre en nombre de sus hijos menores.....	432	»	160
Ejercicio de la posesión por el tutor en nombre del pupilo ó del demente.....	432	»	161
Entrega de las llaves.....	438	»	277
Entrega de los títulos..	438	»	278
Equivalencia de tradición simbólica á la ocupación material..	438	»	269
Equivalencia de título en la posesión de bienes muebles.....	464	»	563
Escritura pública.....	438	»	277
Espíritu del Código civil respecto al tiempo en los interdictos...	446	»	379
Estudio comparativo entre las			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
materias comprendidas en este tomo (tít. V del lib. II del Código) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros...	»	»	5
Estudio doctrinal de la posesión.	»	»	70
Exhibición del título.....	448	»	385
Existencia actual de una posesión de hecho.....	454	»	447
Extinción de la posesión. Proyecto de Código civil alemán.	»	»	14
Extinción de la posesión.....	»	»	643
Extravío de cosas muebles	464	»	574
Extravío de documentos de crédito y efectos al portador.....	464	»	603
F			
Facultades del poseedor.....	454	»	467
Fecha de la posesión.....	445	»	343
Feria.....	464	»	597
Formalidades legales establecidas para adquirir la posesión.	438	»	277
Frutos. Código de Portugal.....	»	»	29
Frutos.—Su percepción.....	451	»	398
Fuerza mayor.....	457	»	498
G			
Gastos necesarios.—Proyecto de Código de 1851.....	»	»	7
Gastos útiles.—Proyecto de Código de 1851..	»	»	8
Gastos voluntarios. — Proyecto de Código de 1851.....	»	»	8
Gastos necesarios, útiles y voluntarios.—Código de Italia..	»	»	22
Gastos necesarios, útiles y voluntarios.—Código de Méjico.	»	»	40
Gastos necesarios.—Su abono..	453	»	404
Gastos útiles.—Su abono.	453 y 454	»	404 y 415

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Gastos de puro lujo ó mero recreo	454	»	406
Gastos de cultivo	455	»	487
Gastos necesarios para la conservación de la cosa	455	»	487
Guarda judicial de la cosa mientras se decida sobre su posesión	445	»	344
H			
Historia de la posesión	»	»	43
Hurto de documentos de crédito y efectos al portador	464	»	603
I			
Ignorancia por el poseedor de los vicios del título	433	»	183
Impensas voluptuarias	454	»	416
Impensas abonables al poseedor de buena fe	454	»	418
Indemnización de perjuicios.—Código de Portugal	»	»	30
Indivisión	445	»	343
Informaciones posesorias	»	1.°	652
Inscripción posesoria de los bienes del Estado	430	1.°	149 y 645
Interdicto de adquirir	438	2.°	278 y 748
Interdicto de recobrar	»	3.° y 4.°	774
Interrupción de la posesión en la cosa común	450	»	394
J			
Jurisprudencia relativa á los poseedores de buena y de mala fe	434	»	189
Jurisprudencia civil referente á los gastos	454	»	479

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Jurisprudencia civil referente á frutos y mejoras	455	»	495
Jurisprudencia hipotecaria referente á la inscripción de posesión	462	»	555
Jurisprudencia civil é hipotecaria referente á informaciones posesorias	»	1.°	662
Jurisprudencia civil é hipotecaria referente al interdicto de adquirir	»	2.°	751
Jurisprudencia civil referente al interdicto de recobrar	»	3.° y 4.°	776
Justo título	448	»	385
M			
Mala fe	433	»	175
Mandatario. Ejercicio de la posesión por el mandante	432 y 439	»	169 y 285
Marido. Ejercicio de la posesión á nombre de su mujer	432	»	165
Medios de adquirir la posesión	438 y 439	»	235 y 236
Mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo. Proyecto de Código de 1851	»	»	8
Mejoras. Código de Portugal	»	»	29
Mejoras útiles	455	»	491
Mejoras voluptuarias	454 y 455	»	429 y 493
Mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo	456	»	496
Mejoras que hayan de existir al adquirir la cosa	458	»	519
Menores é incapacitados	443	»	316
Mercado	464	»	597
Modalidades de la posesión	»	»	641
Modos extintivos posesorios, establecidos por el Código civil	460	»	537
Montes de Piedad	464	»	592

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Muebles y objetos que se hallan dentro de la cosa raíz.....	449	»	389
Muerte del causante.....	440 y 442	»	287 y 308
N			
Nacimiento de la posesión.....	»	»	641
Naturaleza jurídica del derecho de retención.....	454	»	461
O			
Objeto de la posesión natural...	430	»	122
Objeto de la posesión.....	437	»	213
Obligación de abonar mejoras..	458	»	519
Obligaciones del poseedor.....	»	»	643
Obra nueva. Código de Italia...	»	»	24
Ocupación material de la cosa ó derecho poseído.....	438	»	254
Opiniones de varios autores sobre la materia posesoria.....	430	»	111
Opiniones de los autores respecto á la adquisición de la posesión.....	439	»	243
Opiniones de los autores respecto á la pérdida de la posesión.	460	»	533
Otorgamiento de escritura pública.....	438	»	277
P			
Paradero de la cosa mueble....	461	»	543
Partícipes.....	450	»	394
Pérdida de la cosa.—Proyecto de Código de 1851.....	»	»	9
Pérdida de la posesión.—Código de Italia.	»	»	23
Pérdida de la posesión.—Código de Portugal.....	»	»	31

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Pérdida de la posesión.—Código de Guatemala	»	»	36
Pérdida de la posesión.—Código de Méjico	»	»	41
Pérdida de la cosa poseída	457	»	498
Pérdida de la posesión	460	»	525
Pérdida de la posesión de la cosa mueble	461	»	543
Pérdida de la posesión de las cosas inmuebles y derechos reales	462	»	548
Persona jurídica.—No ejerce por sí misma la posesión	431	»	156
Personas que pueden ejercitar el interdicto	446	»	367
Perturbación ó despojo.—Código de Portugal	»	»	30
Poseedor de buena fe.—Código de Portugal	»	»	27
Poseedor de mala fe.—Código de Portugal	»	»	28
Poseedor actual	445	»	343
Poseedor de mala fe	455	»	483
Posesión.—Proyecto de Código de 1851	»	»	5
Posesión.—Proyecto de Código de 1882	»	»	9
Posesión. Proyecto de Código civil alemán	»	»	11
Posesión. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	15
Posesión. Código de Italia	»	»	17
Posesión de los bienes muebles. Código de Italia	»	»	23
Posesión. Código de Portugal	»	»	25
Posesión. Código de Guatemala	»	»	32
Posesión. Código de Méjico	»	»	37
Posesión	»	»	43
Posesión y sus especies	»	»	98
Posesión civil	430	»	103
Posesión natural	430	»	103
Posesión en la ley Hipotecaria	430	»	140

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Posesión en los derechos.....	431	»	150
Posesión en las cosas	431	»	150
Posesión adquirida por los menores é incapacitados.....	438	»	265
Posesión administrativa.....	438	»	279
Posesión judicial	438	»	279
Posesión viciosa.....	442	»	308
Posesión como hecho.....	445	»	343
Posesión de un tercero contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiere durado más de un año.....	460	»	541
Posesión de los animales fieros, domesticados y domésticos...	465	»	607
Posesión recuperada.....	466	»	639
Posesión judicial.....	»	2.°	773
Preferencia de posesión. Código de Portugal.....	»	»	30
Prenda.....	438	»	263
Presunción legal.....	448	»	385
Presunción de posesión.....	459	»	521
Presunciones defensivas de la posesión.....	»	»	642
Prescripción. Código de Portugal.	»	»	32
Presunción de buena fe.....	434	»	175
Procedimiento.....	446	»	357 y 383
Prodigalidad.....	432	»	163
Producto líquido de la cosecha..	452	»	398
Prohibiciones del poseedor.....	454	»	475
R			
Reclamación de mejoras en juicio de desahucio.....	454	»	480
Recolección de frutos pendientes.	452	»	399
Recuperación de la posesión....	466	»	639
Representante legal...	439	»	293
Representantes legítimos.....	443	»	316
Repudiación de herencia.	440	»	287
Requisitos y caracteres del *jus retentionis*.	454	»	444

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Respeto á la posesión.....	446	»	357
Restitución de los frutos.....	455	»	483
Restitución de cosas empeñadas en los Montes de Piedad.....	464	»	592
Retención de la cosa por el poseedor de buena fe.....	453	»	404
Retraso en la entrega de la cosa.	457	»	498
Robo de documentos de crédito y efectos al portador.....	464	»	603
S			
Servidumbres.—Código de Italia.	»	»	25
Subordinación de las cosas ó derechos á la acción de nuestra voluntad.....	438	»	270
Sujeto de la posesión natural...	430	»	119
Sustracción de cosas muebles...	464	»	588
T			
Tenedor de la cosa ó derecho...	432	»	150
Teoría de Savigny respecto á la adquisición de la posesión....	439	»	244
Teoría de Ihering respecto de la adquisición de la posesión....	439	»	250
Terrenos desamortizables roturados.....	»	1.°	646
Tiempo para interponer el interdicto	446	»	378
Título..	433	»	179
Título hereditario	442	»	308
Título posesorio.....	445	»	343
Título para adquirir el dominio.	447	»	384
Tradición simbólica.....	438	»	269
U			
Usurpación de cosas muebles...	464	»	580

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas
V			
Vencedor en la posesión.....	456	»	496
Venta pública.....	464	»	588
Vida de la posesión.....	»	»	642
Vicios del título.....	433	»	182
Violencia para adquirir la posesión.....	441 y 444	»	299 y 332

FE DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
64	15	*jusis*	*jurts*
70	28	sigloe	siglos
73	21	usucación	usucapión
91	9	*puntum*	*punctum*
101	2	14	45
116	11	enumerar	enunciar
174	11	veces	voces
195	10	pierde: este	pierde este
210	29	Iselano	es llano
225	25	*patiendo*	*faciendo*
253	15	435	439
465	24	Pault	Paul
537	24	*copore*	*corpore*
539	26	*enimnon*	*enim non*
582	36	*Aitinia*	*Atinia*
624	4	ultilmas	últimas
633	32	*anima ibus*	*animalibus*
634	2	Precentes	Precedentes